

**LOVLIGHETEN AV INNLEIE AV ARBEIDSKRAFT FRA
VIRKSOMHET SOM
HAR TIL FORMÅL Å DRIVE UMLEIE**

Innleide og midlertidige ansattes stilling i arbeidslivet.

Kandidatnummer: 646

Leveringsfrist: 25.11.07.

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 16513 ord

20.11.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING OG PROBLEMSTILLING</u>	<u>1</u>
1.1	Historisk bakgrunn for reglene om innleie	2
1.2	Tema og aktualitet	3
1.3	Rettskilder	5
1.4	Avgrensninger	6
1.4.1	Avgrensning mot de ulike alternativene i aml. § 14-9 første ledd	6
1.4.2	Avgrensning mot selvstendige oppdragstakere	6
1.4.3	Avgrensning mot tjenestemannsloven	6
1.4.4	Avgrensning mot arbeidsmarkedsloven § 27	7
1.4.5	Avgrensning mot omdisponering av arbeidskraft innad i en virksomhet	7
<u>2</u>	<u>MATERIELLE VILKÅR</u>	<u>8</u>
2.1	Materielle vilkår, aml. § 14-12	8
2.1.1	Arbeidskontrakten mellom utleier og arbeidstaker	8
2.1.2	Innleiebegrepet og plassering av arbeidsgiveransvaret	9
2.1.3	”virksomhet som har til formål å drive utleie”	19
2.1.4	Forholdet til tariffavtaler, aml. § 14-12 andre ledd	20
2.1.5	Fireårsregelen, aml. § 14-12 tredje ledd	21
2.2	Materielle vilkår, aml. § 14-9	25
2.2.1	”når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten”, jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav a)	26
2.2.2	”for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)”, jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav b)	31
2.3	Forholdet til reglene om prøvetid	38

<u>3</u>	<u>VIRKNINGER AV ULOVLIG INNLEIE</u>	<u>39</u>
3.1	Fast ansettelse, aml. § 14-14 første ledd	39
3.1.1	Forholdet mellom innleier og arbeidstaker	41
3.1.2	Forholdet mellom utleier og arbeidstaker	42
3.1.3	Forholdet mellom innleier og utleier	42
3.2	Retten til å stå i stilling	43
3.3	Erstatning, aml. § 14-14 andre ledd	44
<u>4</u>	<u>FORBUD MOT DISKRIMINERING, AML. KAPITTEL 13</u>	<u>45</u>
4.1.1	Hva omfatter diskrimineringsforbudet av midlertidige og innleide arbeidstakere?	47
4.1.2	Lovlig forskjellsbehandling, aml. § 13-3	49
4.1.3	Bevisbyrde, aml. § 13-8	50
<u>5</u>	<u>INTERNASJONALE PERSPEKTIVER</u>	<u>51</u>
5.1	Nordisk rett	51
5.1.1	Reglene om innleie og midlertidig ansettelse i Sverige og Danmark	51
5.2	Internasjonale forpliktelser	55
5.2.1	ILO-konvensjon nr. 181 om privat arbeidsformidling	55
5.2.2	EUs rådsdirektiv om midlertidig ansettelse	57
<u>6</u>	<u>VURDERINGER</u>	<u>61</u>
6.1	Innledning	61
6.2	Arbeidstakers perspektiv	62
6.2.1	Noen grupper som tradisjonelt er overrepresentert?	65
6.3	Arbeidsgivers perspektiv	65
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>68</u>

1 INNLEDNING OG PROBLEMSTILLING

Problemstillingen i oppgaven er lovligheten av innleie av arbeidskraft fra virksomhet som har til formål å drive utleie.

Oppgaven vil omhandle hvilke materielle vilkår som må være oppfylt for at en virksomhet kan benytte seg av innleid arbeidskraft. Lovgiver har etterstrebet parallellitet i lovverket mellom midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft, og gjort lovligheten av innleie avhengig av om vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt. Reglene om innleie og midlertidig tilsetting er skjønnsmessig utformet, og det er hevdet at det er vanskelig for arbeidsgivere å forholde seg til reglene. Oppgaven vil drøfte når det er tillatt å ansette en arbeidstaker midlertidig, og på denne måten klargjøre når det er anledning til å benytte seg av innleid arbeidskraft. Virkningene av ulovlig innleie, herunder erstatning og retten til å stå i stilling, vil også bli omtalt.

Midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft bør også vurderes i et diskrimineringsperspektiv. Midlertidige og innleide arbeidstakere skal ikke diskrimineres i forhold til tilsvarende faste ansatte, og oppgaven vil drøfte hva som ligger i diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven.

Oppgaven vil også omhandle om de norske reglene tilfredsstiller internasjonale forpliktelser Norge er bundet av, og hvordan reglene for midlertidig tilsetting og innleie er utformet i de nordiske landene.

Avslutningsvis vil oppgaven inneholde en vurderingsdel. Reglene for innleie av arbeidskraft er vedtatt etter en avveining av hensyn til både arbeidsgiver og arbeidstaker. Oppgaven vil derfor vurdere reglene i både arbeidstakers og arbeidsgivers perspektiv, og se

på om det er noen grupper innen arbeidslivet hvor midlertidig ansettelse benyttes i større grad slik at det er en problemstilling som medfører en form for splittelse i arbeidslivet.

1.1 Historisk bakgrunn for reglene om innleie

Frem til 1998 var det sysselsettingsloven som regulerte utleie/innleie av arbeidskraft i lovens § 27. Hovedregelen var da at utleie av arbeidskraft var ulovlig. Det var gjort unntak fra forbudet for visse sektorer og bransjer, og det kunne søkes om særskilt dispensasjon fra bransjer som i utgangspunktet ikke var unntatt. Unntakene og dispensasjonsadgangen var fastsatt i utleieforskriften.¹ Dispensasjon ble gitt av Arbeidsutleieutvalget, eventuelt av det enkelte fylkesarbeidskontor dersom dispensasjonen kun gjaldt et enkelt oppdrag og dispensasjonsperioden gjaldt for kortere tid enn ett år.²

For at norsk lovgivning skulle være i overensstemmelse med EØS-forpliktelser anså lovgiver i 1998 at bestemmelsen måtte endres slik at utleie av arbeidskraft ble gjort lovlig. ILO-konvensjon nr. 181 "Private Employment Agencies Convention" fastsatte at privat arbeidsformidling og privat arbeidsutleie i utgangspunktet skulle være tillatt, og sysselsettingsloven § 27 måtte derfor oppheves for at Norge kunne ratifisere konvensjonen.³

Norge fikk derfor regler om at privat arbeidsutleie i utgangspunktet var lovlig. Videre ble reglene om innleie gjort parallelle med reglene for når virksomheter kan gjøre bruk av midlertidige ansettelser.⁴

¹ NOU 1998:15 punkt 5.1.3.

² NOU 1998:15 punkt 5.1.3.

³ NOU 1998:15 punkt 1.2.

⁴ NOU 1998:15 boks 1.2.

1.2 Tema og aktualitet

Arbeiderrettigheter og stillingsvern har tradisjonelt stått sterkt i norsk lovgivning, og hovedregelen i norsk arbeidsrettslovgivning er at en arbeidstaker skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9. Synet på arbeidsinnleie, både nasjonalt og internasjonalt, har imidlertid endret seg betydelig fra en svært restriktiv holdning til et svært imøtekommende grunnsyn.⁵ Fra lovgivers side skal reglene fortsatt primært verne arbeidstakers interesser. Men lovgivningen bør også ta hensyn til arbeidsgiverinteresser slik at reglene legger til rette for høy sysselsetting og produksjon i næringslivet.

Norge rangeres som et land med et relativt strengt stillingsvern i internasjonale sammenlikninger.⁶ Plasseringen skyldes i stor grad at adgangen til midlertidige ansettelsesformer vurderes som strengt.⁷ Til illustrasjon er om lag 10 prosent av lønnstakerne i Norge midlertidig ansatte, og dette er middels i OECD sammenheng.⁸ Mange land har høyere andel midlertidig ansatte enn Norge, blant annet Sverige med 15 prosent og Finland med 16 prosent.⁹ Danmark er blant de landene som har noe lavere andel med 8 prosent.¹⁰

Per 2. kvartal 2007 var det 216 000 midlertidige ansatte i Norge.¹¹ Tallet var omtrent uendret fra året før.¹² Det var imidlertid sterk vekst i bruken av innleid arbeidskraft fra

⁵ Jakhelln (2006) side 172.

⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16, boks 16.1.

⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16, boks 16.1.

⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16, boks 16.1.

⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16, figur 16.3.

¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16, figur 16.3.

¹¹ Tall hentet fra SSB.

¹² Tall hentet fra SSB.

2006 til 2007.¹³ For å bedre kontrollen og oversikten over aktørene i utleiebransjen, og for å øke seriøsiteten i bransjen, er det sendt ut høring fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet høsten 2007 vedrørende forskrift om bemanningsforetak/vikarbyrå. Bakgrunnen for forslaget er at det er registrert særlige utfordringer i forhold til sosial dumping og useriøsitet innen bemanningsbransjen.¹⁴ Forslaget går ut på å opprette en melde- og registreringsordning for vikar- og bemanningsbyråer. Forskriften gis eventuelt med hjemmel i arbeidsmarkedsloven § 27 som stiller krav til utleiebyråenes virksomhet. Departementet tar sikte på å vedta kravene til bemanningsbyråene våren 2008.¹⁵

Selv om prosentandelen av arbeidstakere med en midlertidig ansettelsesform ikke er så stor i Norge, er det likevel viktig at midlertidige ansatte og innleide arbeidstakere har et tilstrekkelig stillingsvern slik at det ikke dannes skiller mellom ulike arbeidstakergrupper. Det er et tema som har vært gjenstand for politisk uenighet, og det er et lovgiverspørsmål hvordan grensedragningen skal foretas. Som eksempel kan det nevnes da Bondevikregjeringen i 2004 la frem forslag til ny arbeidslivslov. Forslaget innebar blant annet oppmykning av retten til å ansette arbeidstakere midlertidig. Forslaget skapte omfattende debatt på Stortinget og i media rundt midlertidige ansettelser, og deler av loven ble reversert før den trådte i kraft.¹⁶ Reverseringen skjedde som en følge av det mellomliggende regjeringsskiftet hvor Regjeringen Stoltenberg 2 overtok regjeringsmakten.

¹³ Kaspersen (2007).

¹⁴ Høringsnotat 10.10.07 Forskrift om bemanningsforetak.

¹⁵ Høring – Forskrift om bemanningsforetak/vikarbyrå. Høringsbrev publisert 10.10.07.

¹⁶ Endringslov 21. desember 2005 nr. 121.

1.3 Rettskilder

Arbeidsmiljøloven av 2005 har vært gjenstand for flere revisjoner. Det foreligger derfor flere sett av forarbeider til bestemmelsene i någjeldende lov, og det er et rettskildemessig spørsmål hvordan disse skal tolkes i forhold til hverandre.

Forarbeidene som foreligger frem til Bondevikregjeringen fremmet forslag til ny arbeidslivslov i 2004 forfekter samme syn på lovligheten av midlertidige ansettelser, og innebærer dermed ikke en rettskildemessig utfordring. Bondevikregjeringens forslag, som blant annet la opp til en oppmykning av adgangen til å ansette midlertidig, innebar imidlertid et brudd med tidligere rettstilstand. Deler av loven ble reversert før ikrafttreden, slik at tidligere lovgivning i stor grad ble videreført med unntak av de lovendringene Stoltenbergregjeringen anså som positive.

På grunn av debatten som fulgte etter Bondevikregjeringens lovforslag er det klare føringer for hva som er formålet bak bestemmelsene, og hvordan stortingsflertallet ønsker reglene praktisert. Uavhengig av regjeringssammensetning har det uansett vært bred enighet om at hovedregelen skal være fast ansettelse. Bestemmelsene som er videreført fra Bondevikregjeringens forslag bør derfor tolkes i lys av någjeldende lovs formål, og i tråd med lovgivers uttalte ønske om en restriktiv adgang til innleie av arbeidskraft og midlertidig ansettelse.

1.4 Avgrensninger

1.4.1 Avgrensning mot de ulike alternativene i aml. § 14-9 første ledd

Oppgaven vil kun omhandle midlertidige ansettelse når arbeidets karakter tilsier det, jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav a), og vikariater, jf. bestemmelsens bokstav b). Grunnen til avgrensningen er at det er disse tilfellene som er mest aktuelle i forhold til innleie av arbeidskraft i aml. § 14-12. Regelverket om midlertidige ansettelse og innleie av arbeidskraft gjelder imidlertid fullt ut for alle alternativene.¹⁷

1.4.2 Avgrensning mot selvstendige oppdragstakere

For at reglene om innleie av arbeidskraft skal komme til anvendelse må det foreligge et innleieforhold, og ikke et selvstendig oppdragsforhold. Det er derfor viktig å foreta grensedragningen mot selvstendige oppdragsforhold. Oppgaven vil kun omhandle innleieforholdene, og momentene for om det foreligger et innleieforhold eller et selvstendig oppdragsforhold behandles nedenfor i punkt 2.1.2.10.

1.4.3 Avgrensning mot tjenestemannsloven

Lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven) regulerer stillingsvernet for arbeidstakere i staten. I tjenestemannsloven er det fastsatt unntak for statens tjenestemenn og embetsmenn fra reglene i arbeidsmiljøloven som regulerer midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft. Utenom særbestemmelsene som er gitt i tjenestemannsloven, får arbeidsmiljølovens regler forøvrig anvendelse.¹⁸ Oppgaven vil kun omhandle arbeidsmiljølovens regler som får anvendelse i privat og kommunal sektor, og tjenestemannslovens regler vil ikke behandles. Adgangen til midlertidig ansettelse er også regulert i noen særlover, jf. lov om universiteter og høyskoler §§ 30 og 30a,

¹⁷ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.3.

¹⁸ Jakhelln (2006) side 92.

opplæringsloven § 10-6, kommuneloven § 24, samt noen andre særlover som regulerer adgangen til åremålsansettelse i statlig virksomhet.¹⁹ Disse lovene vil heller ikke bli behandlet i oppgaven.

1.4.4 Avgrensning mot arbeidsmarkedsloven § 27

Arbeidsmarkedsloven § 27 stiller krav til virksomheter som bedriver arbeidsutleie. Et særlig spørsmål i denne forbindelse vil være lovligheten av konkurranseklausuler mellom utleier og arbeidstaker. Bestemmelsen skal hindre at utleier begrenser arbeidstakerens mulighet til å ta arbeid hos innleier etter at ansettelsesforholdet mellom utleier og arbeidstaker er avsluttet. Dette kan tilsi at en konkurranseklausul ikke vil være lovlig. Oppgaven omhandler lovligheten av innleie fra utleievirksomheter, og oppgaven vil ikke gå nærmere inn i problemstillingen.

1.4.5 Avgrensning mot omdisponering av arbeidskraft innad i en virksomhet

Oppgaven vil kun drøfte tilfeller hvor det foreligger et trepartsforhold, og vil ikke omhandle tilfeller hvor arbeidskraft omdisponeres innad i en virksomhet, for eksempel i konsernforhold. Det er også antatt i teorien at hverken arbeidsmarkedslovens eller arbeidsmiljølovens regler vil omfatte disse tilfellene.²⁰

¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.1.1.

²⁰ Jakhelln (2006) side 173.

2 MATERIELLE VILKÅR

2.1 Materielle vilkår, aml. § 14-12

Innleie av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie er tillatt i samme utstrekning som det kan avtales midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 første ledd, jf. aml. § 14-12 første ledd. Henvisningen til aml. § 14-9 innebærer at man må foreta en tolkning av adgangen til å ansette midlertidig for å avgjøre om det er anledning til å leie inn arbeidstakere. Parallelliteten i lovgivningen er en følge av at innleie og midlertidig tilsetting ofte er alternativer i en ansettelsesprosess, og i prinsippet kan ethvert behov for korttidsarbeidskraft organiseres med innleie.²¹ En vesentlig videre adgang til innleie enn midlertidig tilsetting ville derfor kunne lede til omgåelse av reglene om midlertidig tilsetting.²² Drøftelsen vil først omhandle materielle vilkår knyttet til aml. § 14-12, herunder sentrale begreper som er avgjørende for om bestemmelsen kommer til anvendelse. Videre følger en gjennomgang av når midlertidig ansettelse anses som lovlig etter aml. § 14-9.

2.1.1 Arbeidskontrakten mellom utleier og arbeidstaker

I trepartsforholdet mellom innleier, utleier og arbeidstaker knytter det seg flere problemstillinger til hvordan ansettelsesforholdet er konstruert. Spørsmål om hvor arbeidstakeren anses for å ha sitt ansettelsesforhold behandles nedenfor i punkt 2.1.2.

²¹ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.3

²² Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.3.

Oppgaven vil i dette avsnittet behandle hva slags arbeidskontrakt som lovlig kan inngås mellom utleier og arbeidstaker.

Det er tre type arbeidskontrakter som normalt benyttes innen utleiebyråene: fast ansettelse, faste ansettelser med tilsigelse og midlertidig ansettelse.²³ De to førstnevnte atskiller seg fra hverandre ved at man har krav på lønn og andre rettigheter ved fast ansettelse uavhengig av om arbeidstakeren er i oppdrag. Fast ansatt med tilsigelse innebærer at lønnsplikten til utleiebyrået er knyttet til om vedkommende er i oppdrag.²⁴ Hvorvidt arbeidstakeren har et fast eller midlertidig ansettelsesforhold i utleiebyrået vil bero på om det er anledning etter aml. § 14-9 å ansette arbeidstakeren midlertidig.²⁵ Arbeidstakeren har krav på fast ansettelse dersom utleiebyrået har et fast, løpende behov for arbeidskraften, noe som vil være normalsituasjonen i utleiebyråer.²⁶ Dette gjelder også for arbeidstakere som er utleid i kortere perioder, og for arbeidstakere som arbeider deltid. Dersom utleiebyrået ansetter en arbeidstaker for å utføre et oppdrag som atskiller seg fra oppdragene utleiebyrået normalt utfører, kan imidlertid arbeidstakeren ansettes midlertidig for å utføre dette bestemte oppdraget.²⁷ Vilkårene for når midlertidig ansettelse er lovlig behandles nærmere nedenfor i punkt 2.2.

2.1.2 Innleiebegrepet og plassering av arbeidsgiveransvaret

For at aml. § 14-12 om innleie av arbeidskraft skal komme til anvendelse må det i første omgang foreligge et reelt innleieforhold. For at det skal foreligge et innleieforhold er det en forutsetning at arbeidstakeren er ansatt hos en annen virksomhet, det vil si hos utleier.²⁸

²³ NOU 1998:15 punkt 6.2.5

²⁴ NOU 1998:15 punkt 6.2.5

²⁵ NOU 1998:15 punkt 5.2.2.1.1

²⁶ NOU 1998:15 punkt 5.2.1.3

²⁷ NOU 1998:15 punkt 5.2.1.3

²⁸ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

Det formelle arbeidsgiveransvaret påhviler i utgangspunktet utleievirksomheten, mens arbeidstakeren er undergitt innleiefirmaets ledelse og instruksjon.²⁹

Ved innleieforhold kan det i noen situasjoner være naturlig å tillegge *deler av* arbeidsgiveransvaret, som for eksempel ansvaret for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø og ansvaret for opplæring av arbeidstakerne, til både utleie- og innleievirksomheten.³⁰ Dette er fordi arbeidstakeren faktisk utfører sitt arbeid hos en annen virksomhet enn hos utleier. Arbeidstakers rettigheter skal sikres gjennom en ansvarsfordeling mellom utleier og innleier, jf. aml. § 2-1 og § 2-2. Momentene under vil derfor også ta for seg hvordan arbeidstakerne skal ivaretas i trepartsforholdet som eksisterer mellom utleier, innleier og arbeidstaker.

Dersom majoriteten av arbeidsgiverfunksjonene som går igjennom i de følgende underkapitlene tilligger innleiefirmaet kan det imidlertid tyde på at det ikke foreligger et reelt innleieforhold, men et regulært tilsettingsforhold som pålegger innleiefirmaet *hele* arbeidsgiveransvaret.³¹ Det må derfor foretas en vurdering i hvilken virksomhet arbeidsgiveransvaret ligger. Flere av momentene som er sentrale i vurderingen behandles i de følgende underkapitlene. Momentene må i tillegg suppleres med en konkret vurdering i ethvert tilfelle.³² Til illustrasjon kan det være aktuelt å plassere arbeidsgiveransvaret hos innleier dersom innleien ”må anses som en illojal omgåelse av arbeidsgiveransvaret etter arbeidsmiljøloven.”³³ Illojal omgåelse av arbeidsmiljølovens regler kan konstateres i tilfeller hvor innleier bevisst tar sikte på å fri seg fra arbeidsgiveransvaret med ulike

²⁹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

³⁰ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

³¹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 3.

³² Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

³³ Frostating lagmannsrett av 16. desember 1999, LF-1999-261.

avtalekonstruksjoner som legger arbeidsgiveransvaret til et utleiebyrå, uten at det er noen realitet i trepartsforholdet som er opprettet.³⁴

2.1.2.1 Ansvar for utbetaling av lønn, feriepenger og annen godtgjørelse

Hvem som utbetaler lønn, feriepenger og annen godtgjørelse er en indikasjon på hvor arbeidsgiveransvaret ligger. Det er normalt utleier som har ansvaret for utbetaling av lønn. Innleiers vederlagsforpliktelse følger av kontrakten mellom utleier og innleier, og er uavhengig av det lønnskrevet arbeidstakeren har mot utleier.³⁵

Dersom utleier går konkurs kan imidlertid arbeidstakeren i noen tilfeller ha et krav mot innleier.³⁶ Ved konkurs utbetaler staten lønn til arbeidstaker inntil nærmere angitte maksimumsbeløp, og trer inn i arbeidstakers krav mot arbeidsgiver og dennes bo.³⁷ Det er to problemstillinger som dukker opp når det foreligger et trepartsforhold. For det første om staten kan holde innleier ansvarlig for et slikt krav. Dernest om arbeidstakeren kan holde innleier ansvarlig for godtgjørelse som overstiger maksimumsgrensene gjennom lønnsgarantiloven. Det er kun sistnevnte problemstilling som omtales i dette avsnittet. I tilfeller hvor innleier ikke har oppfylt sin forpliktelse etter kontrakten med utleier vil ikke innleievirksomheten volde noe økonomisk tap ved å utbetale lønn direkte til arbeidstaker. Dette gjelder forutsatt at arbeidstakers vederlag ikke overstiger det krav som følger av avtalen mellom utleier og innleier.³⁸

³⁴ Frostating lagmannsrett av 16. desember 1999, LF-1999-261.

³⁵ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

³⁶ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

³⁷ Lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv. § 2 (lønnsgarantiloven)

³⁸ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

2.1.2.2 Ansvar for skattetrekk

Hvem som foretar skattetrekk korresponderer normalt med hvem som utbetaler lønn og annen godtgjørelse. Skattebetalingsloven av 1952 og 2005 oppstiller et solidaransvar for at skattetrekk med videre blir foretatt.³⁹

2.1.2.3 Ansvar for sykepenges, yrkesskadeforsikring med mer

Den som har arbeidsgiveransvaret er ansvarlig for utbetaling av sykepenges, yrkesskadeforsikring med mer, jf. lov av 28. februar 1997 nr. 19 (folketrygdloven). Men innleier kan bli ansvarlig overfor arbeidstakeren etter alminnelige erstatningsrettslige regler ved yrkesskade.⁴⁰ Utleier kan også bli ansvarlig overfor arbeidstakeren etter alminnelige erstatningsrettslige regler dersom utleier visste eller burde ha visst til forhold hos innleier som utsatte arbeidstakeren for en større risiko enn vanlig uten å ta de nødvendige forholdsregler.⁴¹

2.1.2.4 Ansvar for fullt forsvarlig arbeidsmiljø

Reglene om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø fremhever at det tradisjonelle arbeidsgiveransvaret kan påhvile flere ved trepartsforholdet som oppstår ved innleie av arbeidstakere. Kravet om et fullt forsvarlig arbeidsmiljø innebærer at alle aspekter ved arbeidsforholdet skal ivaretas, og arbeidsgiver er forpliktet til å samarbeide med andre arbeidsgivere for å oppnå dette, jf. aml. § 2-2 første ledd.

³⁹ Lov av 21. november 1952 nr. 2 om skattebetaling § 3 annet ledd (skattebetalingsloven) og skattebetalingsloven av 17. juni 2005 nr. 67 § 4-1 andre ledd.

⁴⁰ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁴¹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

De innleide arbeidstakerne utfører sitt arbeid i innleievirksomheten, og er underlagt innleiers instruksjon og ledelse.⁴² Innleier er forpliktet til å sørge for at virksomheten oppfyller de krav til sikkerhet og arbeidervern som følger av arbeidsmiljøloven både for faste og innleide arbeidstakere, jf. aml. § 2-2. I forarbeidene presiseres det i relasjon til aml. § 2-2 at bestemmelsen også omfatter innleide arbeidstakere.⁴³ Innleier vil blant annet ha plikt til å informere utleievirksomheten om særlige risikofaktorer forbundet med arbeidet, og til å sørge for at lovens krav om arbeidstidens lengde og plassering etterleves.⁴⁴ Det fremheves også at forholdet mellom innleier og arbeidstakeren kan minne om et regulært ansettelsesforhold, og at innleier derfor vil ha et mer omfattende ansvar for en innleid arbeidstaker enn for en selvstendig oppdragstaker.⁴⁵ Dette er blant annet med bakgrunn i instruksjonsmyndigheten som tilligger innleier.⁴⁶

2.1.2.5 Arbeidsmiljøutvalg, eventuelt annet fora for medvirkning og samarbeid og verneombud

Det er i utgangspunktet opp til hver enkelt virksomhet hvordan de ønsker å organisere samarbeidet om helse, miljø og sikkerhet, jf. aml. § 7-1 til § 7-4. Er det ikke inngått en samarbeidsavtale, kommer aml. § 7-1 til anvendelse. Bestemmelsen omhandler når det foreligger rettslig plikt til å opprette et arbeidsmiljøutvalg.⁴⁷ Hvorvidt det foreligger en slik plikt avhenger av antall ansatte i virksomheten. De innleide arbeidstakerne skal ikke tas med i beregningen av antall ansatte i innleievirksomheten.⁴⁸

⁴² Lov av 10. desember 2004 nr 76 om arbeidsmarkedstjenester § 25.

⁴³ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25, merknader til § 2-2.

⁴⁴ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25, merknader til § 2-2.

⁴⁵ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25, merknader til § 2-2.

⁴⁶ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25, merknader til § 2-2.

⁴⁷ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁴⁸ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

Utleier er som arbeidsgiver forpliktet til å ha et samarbeidsutvalg som skal omfatte alle de ansatte i utleievirksomheten. Arbeidstakere som er utleid til andre virksomheter skal tas med i beregningen av antall ansatte. Det er ikke kun kjernestaben i utleiebyrået som skal regnes med.⁴⁹

Det kan reises spørsmål om innleide arbeidstakere har samme rettigheter som faste ansatte i relasjon til medvirkning og samarbeid på arbeidsplassen på grunn av trepartsrelasjonen. De innleide arbeidstakerne vil ikke alltid bli like godt ivaretatt i innleievirksomhetens arbeidsmiljøutvalg på grunn av tilknytningen arbeidstakeren har til innleievirksomheten, og fordi det kan forekomme at innleier ikke har et samarbeidsutvalg siden denne plikten er basert på antall ansatte i virksomheten, jf. aml. § 7-1.⁵⁰ Og selv om utleiefirmaet har et samarbeidsutvalg vil dette være lite tilgjengelig for en arbeidstaker som utfører sitt arbeid i en annen virksomhet.

Ved virksomhet med færre enn ti ansatte skal det velges et verneombud, jf. aml. § 6-1. Oppgavene som skal utføres av verneombudet tilsier at de bør utføres av en arbeidstaker med en mer permanent tilknytning til arbeidsplassen, noe som ikke nødvendigvis vil være tilfelle for en utleid eller innleid arbeidstaker. Men innleiers verneombud vil til enhver tid ha plikt til å føre tilsyn med arbeidsmiljøet også for de innleide arbeidstakerne.⁵¹

2.1.2.6 Ansvar for de utleide arbeidstakernes kvalifikasjoner og pålitelighet og ansvar for opplæring

Det er i utgangspunktet utleiers ansvar som arbeidsgiver å sørge for at arbeidstakerne innehar nødvendige kvalifikasjoner, og eventuelt sørge for nødvendig opplæring.⁵² Denne

⁴⁹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁵⁰ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁵¹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2

⁵² Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

plikten følger normalt av kontraktsforholdet mellom innleier og utleier ved at utleier skal skaffe til veie kvalifisert personale.⁵³ Innleier kan også ha et selvstendig ansvar for å foreta nødvendig opplæring, da i forbindelse med rutiner i innleiebedriften.⁵⁴

Utleier har også en opplysningsplikt overfor innleier om forhold av betydning for innleieforholdet, som for eksempel om vedkommende arbeidstakers pålitelighet og om det kan være fare for at arbeidstakeren ikke vil utføre arbeidet på en ordentlig måte.⁵⁵ Opplysningsplikten vil normalt også følge av prinsippet om lojalitet i kontraktsforhold.

2.1.2.7 Representasjon i aksjeselskaps besluttende organer

I relasjon til de innleide arbeidstakerne kan det oppstå spørsmål om de har anledning til å velge styremedlemmer og medlemmer av bedriftsforsamlingen i innleievirksomheten. Problemstillingen er aktuell med tanke på medbestemmelsesrett for arbeidstakerne i den virksomheten de faktisk utfører sitt arbeid.⁵⁶

En innleid arbeidstaker vil normalt ha tidsbegrenset tilknytning til innleier og dermed tilsvarende begrenset kjennskap til arbeidsforholdene hos innleier. I slike tilfeller bør hovedsynspunktet være at innleide arbeidstakere vanligvis ikke bør anses som ansatt hos innleier i denne sammenheng. I relasjon til utleier vil arbeidstakeren ofte ha betydelig kontakt og forbindelse med utleier slik at det motsatte synspunktet bør gjøre seg gjeldene.⁵⁷

⁵³ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁵⁴ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁵⁵ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁵⁶ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁵⁷ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

2.1.2.8 Arbeidstid

Arbeidstakeren vil normalt ha akseptert arbeidstiden hos innleier ved å godta arbeidstiden beskrevet i oppdraget, og eventuelt arbeide det som er vanlig innen yrkesområdet eller bransjen dersom avtalen ikke regulerer arbeidstiden.⁵⁸ I forhold til overtid vil arbeidstakeren kunne være forpliktet til å arbeide overtid innen de rammer som følger av arbeidsmiljølovens regler, eller det som måtte følge av en eventuell tariffavtale i virksomheten. Om det foreligger plikt til overtidsarbeid vil dermed bero på en utfyllende tolkning av arbeidsavtalen, supplert med lovens regler og eventuell tariffavtale som virksomheten er bundet av.⁵⁹

Arbeidsmiljøloven § 10-6 setter grenser for tillatt bruk av overtid.

Arbeidstidsbegrensningene gjelder i det konkrete arbeidsforholdet.⁶⁰ Normalt er utleier arbeidsgiver. I trepartsforhold utfører arbeidstakeren overtidsarbeidet hos innleier, og det oppstår dermed spørsmål om hvordan vernereglene skal overholdes. Ved at dette er verneregler som skal tolkes innskrenkende til fordel for arbeidstakeren er det naturlig at begrensningene i bruk av overtid vil gjelde i forhold til både innleier og utleier, og slik at det foreligger et felles ansvar for å sørge for at begrensningene overholdes.⁶¹ Ved at ansvaret tillegges begge vil arbeidstakerens vern styrkes, og faren for misbruk reduseres tilsvarende.

⁵⁸ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁵⁹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁶⁰ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁶¹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

2.1.2.9 Oppsigelse av utleide arbeidstakere

Adgangen til å gå til oppsigelse av arbeidstakeren tillegges utleiefirmaet hvor vedkommende er ansatt. I forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver må vilkårene for en saklig oppsigelse være oppfylt, jf. bestemmelsene i aml. kapittel 15.

Dersom innleiefirmaet er misfornøyd med den innleide arbeidstakeren, eller av annen grunn ikke ønsker å fortsette innleieforholdet, må innleier gå til oppsigelse av kontrakten mellom utleier og innleier. Hvilke grunner som er plausible i denne sammenheng er ofte regulert i kontrakten opprettet mellom utleier og innleier.⁶²

2.1.2.10 Grense mot selvstendige oppdragsforhold

Hvorvidt det foreligger et innleieforhold eller et selvstendig oppdragsforhold kan være vanskelig å avgjøre, spesielt hvor det for eksempel er tale om kjøp av konsulenttjenester. En konsulent som gis i oppdrag å utbedre et firmas IT-løsning eller for å bistå med lederutvikling vil være eksempler på selvstendige oppdragstakere hvor det sentrale i kontraktsforholdet er den personlige arbeidskraften. Som nevnt overfor vil oppgaven kun omhandle innleieforhold, og grensedragningen er viktig for å avgjøre hvilket regelsett som gjelder.

Det sentrale kriterium vil være om den som stiller arbeidskraften til disposisjon samtidig påtar seg resultatansvar for arbeidet som skal utføres, hvilket vil gjelde ved et selvstendig oppdragsforhold.⁶³ Momenter som vil tale for at det foreligger innleie av arbeidskraft er om innleier har ledelsen av arbeidet, og at det er et bestemt antall arbeidstakere som er stilt til disposisjon. Videre vil det i innleieforhold normalt være fastsatt en timepris eller

⁶² Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

⁶³ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12, arbeidsrett.no, note 2.

timeavhengig pris, og den innleide arbeidstakeren skal utføre bestemte arbeidsoppgaver. Ved innleie vil innleier beholde ansvaret for det utførte arbeidet.⁶⁴

2.1.2.11 Konklusjon

Dersom det etter en vurdering av momentene gjennomgått overfor synes at innleiefirmaet utfører store deler av arbeidsgiveransvaret taler reelle hensyn for at innleievirksomheten anses som arbeidsgiver. Regler om arbeidsgiveransvaret skal sikre at arbeidstakeren blir ivaretatt i arbeidsforholdet, og den virksomheten arbeidstakeren har tettest tilknytning til er mest nærliggende til å ivareta arbeidstakers interesser på en forsvarlig måte.

⁶⁴ NOU 1998:15 punkt 5.1.4.

2.1.3 "virksomhet som har til formål å drive utleie"

Utleievirksomheten må "ha til formål å drive utleie" for at innleieforholdet skal subsumeres under aml. § 14-12, og ikke under aml. § 14-13. Grunnen til skillet mellom bestemmelsene er de ulike hensynene som gjør seg gjeldene ved utleie fra for eksempel vikarbyråer, som har til formål å drive utleie, og fra andre virksomheter som ikke har et slikt formål. Andre virksomheter kan se det som nødvendig å leie ut deler av arbeidsstokken istedenfor å for eksempel måtte permittere eller gå til oppsigelse av sine faste ansatte, og utleien er dermed ikke direkte profittmotivert.⁶⁵ Det er derfor nødvendig å trekke en grense mellom disse to typene av virksomhet. Regelen i § 14-12 oppstiller strengere vilkår for når innleie er lovlig fra virksomhet som har til formål å drive utleie.⁶⁶

Vikar- og bemanningsbyråer vil typisk være virksomheter som har til formål å drive utleie, mens produksjonsbedrifter og andre "alminnelige" arbeidsplasser med et overskudd av arbeidskraft i perioder ikke vil ha som formål å drive utleie.⁶⁷ Hvor vikar- og bemanningsbyråenes virksomhet endres i retning av mer tjenesteytende virksomhet, kan det oppstå vanskelige grensedragninger. Det må i tvilstilfelle foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle hvor deler av vurderingen blant annet vil være virksomhetens art, herunder i hvor stor grad virksomheten driver egenproduksjon av varer og tjenester. Videre legges det vekt på hvor stort omfang utleievirksomheten utgjør personellmessig og økonomisk, og hvor stor andel av virksomheten som karakteriseres som utleie. Endelig kan hyppigheten av utleien være en del i vurderingen.⁶⁸ Vurderingen må ta utgangspunkt i de reelle underliggende forhold, og det vil ikke være av avgjørende betydning hvordan utleier selv karakteriserer sin virksomhet.⁶⁹ Det vil heller ikke være av stor betydning at

⁶⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.1.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.4.1.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.1.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.2.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.2.

virksomheten har et annet formål enn utleie som sitt uttalte hovedformål så lenge virksomheten regelmessig leier ut tilsatte.⁷⁰ I tilfeller hvor utleien er mer sporadisk eller et resultat av overskudd på arbeidskraft vil virksomheten derimot normalt karakteriseres for ikke å ha til formål å drive utleie.⁷¹

2.1.4 Forholdet til tariffavtaler, aml. § 14-12 andre ledd

Virksomheter som leier inn arbeidskraft, og som er bundet av tariffavtale, kan inngå avtale med tillitsvalgte i virksomheten om tidsbegrenset innleie uten hinder av begrensningene i aml. § 14-12 første ledd, jf. aml. § 14-12 andre ledd. I prinsippet innebærer dette at det foreligger fri adgang til innleie såfremt det foreligger avtale mellom nevnte parter. Bestemmelsen regulerer kun forholdene i innleievirksomheten, og berører ikke utleiers adgang til å leie ut egne arbeidstakere.⁷²

Det er et vilkår at innleievirksomheten er bundet av ”tariffavtale”.⁷³ I dette ligger det kun at det må foreligge en tariffavtale, men ikke at avtalen må regulere alle lønns- og arbeidsvilkår ved virksomheten.⁷⁴ Tariffavtalen må oppfylle vilkårene i lov 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister.⁷⁵ Det er tilstrekkelig at det inngås lokal avtale ved innleievirksomheten, og det kreves ikke sentral tariffavtale.⁷⁶ Avtalen må inngås skriftlig, og være tidsbegrenset.⁷⁷

⁷⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.2.

⁷¹ Ot. prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.2.

⁷² Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.4.

⁷³ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12 annet ledd, arbeidsrett.no, note 10.

⁷⁴ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12 annet ledd, arbeidsrett.no, note 10.

⁷⁵ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12 annet ledd, arbeidsrett.no, note 10.

⁷⁶ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12 annet ledd, arbeidsrett.no, note 14.

⁷⁷ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-12 annet ledd, Fougner og Holo, note 486.

Det kan reises spørsmål om bestemmelsen uthuler begrensningene som er satt i aml. § 14-12 første ledd. Hensynene bak regelen er nettopp å verne arbeidstakerne mot utstrakt bruk av innleid arbeidskraft, og å hindre at virksomheten begrenser faste ansettelser til en kjernestab. Bakgrunnen for at en utvidet adgang gjennom tariffavtaler ble vedtatt var at skadevirkningene ble antatt å være mindre når avtalen kommer i stand ved forhandlinger mellom personer som representerer henholdsvis arbeidstaker og arbeidsgiver.⁷⁸

Det er innleievirksomhetens tillitsvalgte som har kompetanse til å inngå en slik tariffavtale. De tillitsvalgte vil hovedsakelig representere de faste ansatte i innleiefirmaet, og ikke de som er innleid gjennom et utleiefirma/bemanningsbyrå.⁷⁹ Det kan dermed også stilles spørsmål om de innleide arbeidstakernes interesser blir ivaretatt på en forsvarlig måte. For å motvirke at innleide arbeidstakernes interesser blir oversett må de tillitsvalgte i innleievirksomheten "representere et flertall av den arbeidskategori innleien gjelder", jf. aml. § 14-12 andre ledd. Ved å legge kompetansen til den enkelte arbeidskategori anså lovgiver sannsynligheten for at de innleide arbeidstakernes behov blir ivaretatt for å være mer nærliggende.⁸⁰

2.1.5 Fireårsregelen, aml. § 14-12 tredje ledd

Dersom en arbeidstaker har vært innleid til samme innleiebedrift sammenhengende i mer enn fire år, har vedkommende krav på fast ansettelse hos innleier. Dette går frem av henvisningen i aml. § 14-12 tredje ledd til aml. § 14-9 femte ledd, annet punktum. Noe av

⁷⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.4.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.4.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.4.

grunnen til at regelen i aml. § 14-9 femte ledd gis tilsvarende anvendelse er hensynet til sammenheng og parallellitet i regelverket mellom innleie og midlertidige ansettelser.⁸¹

Ved praktiseringen av fireårsregelen oppstår det spørsmål knyttet til hvilket ansettelsesforhold som danner grunnlag for beregningen, hvordan tiden skal beregnes og hvordan regelen forholder seg til tidligere rettspraksis.

Fireårsregelen ble opprinnelig vedtatt i arbeidsmiljøloven etter forslag fra Bondevikregjeringen. Formålet med bestemmelsen var å hindre at arbeidsgivere dekker et kontinuerlig behov for arbeidskraft gjennom vedvarende midlertidige ansettelser. Det ble derfor oppstilt et maksimumskrav i forhold til lengden av slike ansettelser.⁸² I forarbeidene til loven uttalte departementet: ”Dersom arbeidstakeren har vært ansatt i en og samme virksomhet i over fire år, indikerer dette normalt et stabilt behov for arbeidskraft og det er rimelig at arbeidstaker i et slikt tilfelle omfattes av lovens krav til saklig oppsigelse.”⁸³ I forarbeidene til nåværende lov uttrykkes samme oppfatning i forhold til å begrense varigheten av midlertidig ansettelse, og departementet foreslo derfor å beholde regelen.⁸⁴

Det er ansettelsesforholdet i innleievirksomheten som danner utgangspunktet for beregningen, og etterfølgende midlertidige ansettelser skal vurderes samlet.⁸⁵ Kravet til at arbeidstakeren må ha vært midlertidig tilsatt ”sammenhengende (...) i mer enn fire år”, jf. bestemmelsens ordlyd, innebærer at innleien av arbeidstakeren må ha vært noenlunde

⁸¹ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) kapittel 16 punkt 16.6.4.

⁸² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.4.3.

⁸³ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) punkt 16.4.3

⁸⁴ Ot. prp. nr 24 (2005-2006) punkt 4.3.

⁸⁵ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) punkt 16.4.3

uavbrutt.⁸⁶ Mindre avbrudd må imidlertid tolereres, og om ansettelsesforholdet vil karakteriseres som sammenhengende vil bero på en totalvurdering i hvert enkelt tilfelle.⁸⁷

2.1.5.1 Fireårsregelens forhold til tidligere rettspraksis

Før fireårsregelen kom inn i loven, har rettspraksis innrømmet midlertidige tilsatte fast ansettelse tidligere enn fire år i samme virksomhet.⁸⁸ Spørsmålet blir dermed hvordan den lovbestemte retten stiller seg til tidligere rettspraksis.

Någjeldende bestemmelse om midlertidig ansettelse er i hovedsak en videreføring av tilsvarende bestemmelse i arbeidsmiljøloven av 1977, som tidligere rettspraksis er knyttet til. Dette taler for at det fortsatt er rom for den type synspunkter som er fremhevet i Høyesteretts avgjørelser. På den annen side er det i gjeldende bestemmelse innført en spesifikk grense for når vikaren anses for å ha oppnådd et krav om fast ansettelse. Det kan stilles spørsmål om innføringen av grensen innebærer at tidligere rettspraksis, hvor grensen er satt etter en skjønnsmessig vurdering, må vike for den nye regelen.⁸⁹

En av grunnene til reverseringen av arbeidslivsloven foreslått av Bondevikregjeringen var nettopp at man ikke ønsket å utvide adgangen til midlertidige ansettelser, og dermed øke adgangen til innleie av arbeidskraft. Når tidligere rettspraksis konstaterer at et fast ansettelsesforhold kan oppnås tidligere, vil det innebære en innskrenkning av arbeidstakers rettigheter dersom grensen konsekvent skal trekkes ved fire år. Dette synes å være i strid med lovgivers uttrykte synspunkter i forarbeider og i den forutgående debatten.⁹⁰ Dette er et moment som taler for at tidligere rettspraksis fortsatt har betydning, og at en arbeidstaker

⁸⁶ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) punkt 16.4.3

⁸⁷ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) punkt 16.4.3

⁸⁸ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, arbeidsrett.no, note 4.

⁸⁹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, arbeidsrett.no, note 4.

⁹⁰ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, arbeidsrett.no, note 4.

kan oppnå fast ansettelse tidligere enn fire år ved innleie til samme virksomhet.⁹¹ Et annet moment som taler i samme retning er at en av begrunnelsene for at bestemmelsen ble innført var at Direktiv 1999/70/EF krevde at man traff tiltak for å hindre gjentatt bruk av midlertidig ansettelse, og at vikarer skulle bli gående på ”evigvarende kontrakter”.⁹² Fireårsregelen innebærer dermed heller en angivelse av den maksimale tid det er anledning å ansette midlertidig, og arbeidstakeren kan i tråd med tidligere rettspraksis anses for fast ansatt på et tidligere tidspunkt.⁹³

⁹¹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, arbeidsrett.no, note 4

⁹² NOU 2004:5 punkt 15.3.7.

⁹³ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, arbeidsrett.no, note 4.

2.2 Materielle vilkår, aml. § 14-9

Innleie av arbeidstakere kan avtales såfremt vilkårene for midlertidig tilsetning i aml. § 14-9 er til stede. Den rettslige problemstillingen i dette kapittelet er derfor når det er anledning etter aml. § 14-9 å ansette arbeidstakere midlertidig. I dette kapittelet vil oppgaven bruke begrepene arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette er fordi det ikke eksisterer et trepartsforhold ved midlertidig tilsetning etter aml. § 14-9. Vurderingene er likevel avgjørende for lovligheten av innleie ved at innleie forutsetter at det er adgang til å ansette midlertidig. (Med mindre det er inngått tariffavtale om innleie av arbeidstakere, se punkt 2.1.4)

Hovedregelen er at arbeidstakere skal ansettes fast, jf. aml. § 14-9 første ledd. Lovgiver har likevel åpnet for å ansette midlertidig i de tilfellene som er oppstilt i bestemmelsens bokstav a) til e). Oppregningen er uttømmende. Oppgaven vil som nevnt overfor kun konsentrere drøftelsen rundt bokstavene a) og b).

Rettstilstanden er per i dag det vesentlige i samsvar med tidligere aml. (1977) § 58A, idet lovgiver generelt ikke ønsket noen utvidelse av adgangen til midlertidig ansettelse.⁹⁴ Forarbeider og rettspraksis før lovens ikrafttreden har derfor fortsatt betydning i fastleggingen av bestemmelsens innhold. Dette understrekes også i rettspraksis.⁹⁵

⁹⁴ Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) kapittel 4.

⁹⁵ Rt. 2006 s. 1158 i avsnitt 34.

2.2.1 "når arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten", jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav a)

Midlertidige arbeidsavtaler kan inngås når "arbeidets karakter tilsier det og arbeidet atskiller seg fra det som ordinært utføres i virksomheten.", jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav a). Hva som ligger i bestemmelsen er vanskelig å avgjøre utifra en ren ordlydsfortolkning. I forarbeidene uttales det at: "Det vesentligste moment ved vurderingen av arbeidets karakter, er om arbeidstakeren skal utføre et arbeid som normalt og løpende utføres i den ordinære driften i virksomheten. Skal arbeidstaker utføre slikt arbeid, vil det ikke være adgang til midlertidig tilsetning."⁹⁶

Ordlyden og uttalelsene i forarbeidene tilsier at "arbeidets karakter" og at "arbeidet som skal utføres må atskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten" er kumulative vilkår. Sistnevnte formulering ble tilføyd av kommunalkomiteen i 1995.⁹⁷ Ved å lese Høyesteretts uttalelser i Rt. 2001 s. 1413 synes det imidlertid ikke som om komiteen mente at tilføyelsen skulle være et tilleggsvilkår ved siden av vilkåret om at arbeidets karakter tilsa tidsbegrensning. Høyesterett skulle ta stilling til om en minerydder i Norsk Folkehjelp kunne ansettes midlertidig i henhold til aml. § 58A nr. 1 a).⁹⁸ Minerydding atskiller seg ikke fra det som "ordinært utføres av virksomheten", og Høyesterett måtte derfor ta stilling til om dette er et selvstendig vilkår. Resultatet ble at det ikke er et selvstendig vilkår at arbeidet også må atskille seg fra det som ordinært utføres i virksomheten. Det uttales på side 1422: "Etter dette forstår jeg tilføyelsen i 1995 slik at den ikke oppstiller noe absolutt krav om at de arbeidsoppgaver som skal gi grunnlag for en midlertidig ansettelse, innholdsmessig må atskille seg fra de som ordinært utføres i virksomheten." Det understrekes også at en sesongavhengig og sterk økning av ordinære arbeidsoppgaver vil kunne gi adgang til en midlertidig ansettelse. Bestemmelsen skal dermed ikke tas helt på

⁹⁶ Ot. prp. nr 50 (1993-1994) side 178.

⁹⁷ Innst. O. nr 2 (1994-1995)

⁹⁸ Tilsvarende bestemmelsen i § 14-9 første ledd bokstav a)

ordet, men leses slik at tilføyelsen nærmere er en presisering av hva som kan ligge i ”arbeidets karakter”. Det avgjørende for om en midlertidig ansettelse er lovlig etter bestemmelsens bokstav a) er derfor hva som ligger i begrepet ”arbeidets karakter”.

Vilkår om tidsbegrenset arbeidskraftbehov

Uttrykket ”arbeidets karakter” er skjønnspreget, men innebærer som et utgangspunkt at arbeidsoppgavene må ha et tidsbegrenset preg.⁹⁹ Forarbeidene til Bondevikregjeringens lovforslag viser til tilfeller hvor arbeidstakeren ”bare trengs for å utføre et bestemt oppdrag.”¹⁰⁰ Utredningen som er gjort i forarbeidene til denne bestemmelsen er retningsgivende for hva som ligger i någjeldende bestemmelse nettopp fordi et ”bestemt oppdrag” vil være av en karakter som tilsier midlertidighet.¹⁰¹ Det uttales at: ”Kriteriet «bestemt oppdrag» forutsetter at arbeidet må ha en noenlunde klar arbeidsmessig avgrensning og at oppdraget må ha en naturlig avslutning.”¹⁰² I vurderingen av om arbeidsoppgavene har et tidsbegrenset preg vil varigheten av ansettelsesforholdet tillegges atskillig betydning.¹⁰³ Hvorvidt arbeidsgiver har en ryddig organisering av de midlertidige ansettelsesforhold, slik at bruken begrenses til det strengt nødvendige, er også et moment i vurderingen av om den tidsbegrensede ansettelsen anses som lovlig.¹⁰⁴

En midlertidig arbeidsavtale som oppfylte lovens krav på avtaletidspunktet kan være ulovlig på et senere tidspunkt, dersom de faktiske forholdene endrer seg.¹⁰⁵ Dersom en midlertidig ansettelse forlenges opptil flere ganger kan det indikere et varig arbeidskraftbehov, og at arbeidsoppgavene er av ordinær art i virksomheten slik at

⁹⁹ Jakhelln (2006) side 246.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.2.

¹⁰¹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-9 note 3.

¹⁰² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.2.3.

¹⁰³ Jakhelln (2006) side 246.

¹⁰⁴ Jakhelln (2006) side 246.

¹⁰⁵ Kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, Fougner og Holo, note 459.

vilkårene for midlertidig ansettelse ikke er oppfylt.¹⁰⁶ Men i vurderingen skal det også legges vekt på om det foreligger forhold eller hensyn som gjør det nødvendig med en tidsbegrenset arbeidsavtale.¹⁰⁷ Eksempler på dette er bygningsarbeidere som ansettes for å fullføre et bestemt bygg, spesielle eksperter som ansettes for å utføre et bestemt utredningsarbeid, eller arbeidstakere som ansettes for å utføre et arbeid som er sterkt sesongpreget, for eksempel slik at arbeidet bare kan utføres på vinterstid.¹⁰⁸

Varierende arbeidskraftbehov

Uventede ”topper” i arbeidsmengden kan i utgangspunktet avhjelpes ved bruk av midlertidige ansettelser.¹⁰⁹ Men generelle eller jevne variasjoner i ordretilgang eller generell usikkerhet knyttet til fremtidig arbeidskraftbehov vil derimot ikke kunne begrunne midlertidig ansettelse.¹¹⁰ Usikkerhet i forbindelse med omorganiseringer eller lignende gir heller ikke i utgangspunktet anledning til å ansette midlertidig.¹¹¹ Dette er en konsekvens av at hensynet bak loven er å sikre trygghet for arbeidstakerne, og ikke trygghet og fleksibilitet for arbeidsgiverne i usikre situasjoner.¹¹²

Vurderingsnormen

Hvor strengt ”arbeidets karakter” skal fortolkes og det nærmere innholdet i bestemmelsen er blitt nærmere klargjort gjennom rettspraksis. Vilåret ”arbeidets karakter” må tolkes strengt med bakgrunn i bestemmelsens formål om å styrke stillingsvernet, og det må foreligge særlige forhold for at midlertidig tilsetting på grunn av arbeidets karakter skal

¹⁰⁶ Jakhelln (2006) side 246.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) punkt 7.1.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 71.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.2.3.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.2.3.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.2.3.

¹¹² Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) punkt 2.

anses for lovlig.¹¹³ Eksempel på slike særlige forhold kan være at arbeidstakeren ikke oppfyller kvalifikasjonskrav, og at det foreligger særtrekk ved virksomheten som tillater midlertidig ansettelse.

Manglende kvalifikasjonskrav

I Rt. 1985 s. 1141 kom Høyesterett enstemmig til at arbeidsforholdet var av en slik særegen karakter at arbeidsmiljølovens regler ikke var til hinder for tidsbegrenset tilsetting.

Høyesterett skulle ta stilling til lovligheten av midlertidig ansettelse av aktivtører i stillinger som var forutsatt besatt med ergoterapeuter. Bakgrunnen for Høyesteretts resultatet var tredelt: at det ikke hadde vært anledning til å finne kvalifiserte søkere til stillingene. Dernest at ansettelsen var begrenset til det strengt nødvendige, og endelig at det var gjort klart for aktivtørene at ansettelsene var midlertidige. I lys av formålet om å styrke arbeidstakernes stillingsvern er det en snever adgang til å ansette arbeidstakere midlertidig, likevel slik at det ble ansett for å foreligge plausibel grunn i dette tilfellet.

Kvalifikasjonskravene må være realistiske og saklig begrunnet, og arbeidsgiver må ha forsøkt å ansette personell som oppfyller kvalifikasjonskravene.¹¹⁴

Dommen inntatt i Rt. 1991 s. 872 kan sies å representere en yttergrense hvor manglende kvalifikasjoner ikke ble ansett for å kunne tilsi midlertidig tilsetting sammenhengende i tolv år. Dommen er omtalt nedenfor i punkt 2.2.2.

Særtrekk ved virksomheten

I Rt. 1992 s. 729 ble den midlertidige tilsettingen ikke ble ansett for å være gyldig.

Høyesterett skulle ta stilling til om en lærer ved en privat skole kunne ansettes midlertidig.

Tidsbegrensningen var begrunnet i at elevantallet kunne forandre seg fra år til år.

Høyesterett kjæremålsutvalg la vekt på at endringer i elevantallet eventuelt kunne begrunne oppsigelse av læreren med bakgrunn i virksomhetens forhold. Tidsbegrensningen var

¹¹³ Rt. 1985 s. 1141 på side 1147.

¹¹⁴ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-9 note 3.

derfor ikke nødvendig. En skole er ifølge Høyesterett en permanent institusjon, og arbeidet er av varig karakter.

I Rt. 2001 s. 1413 ble den midlertidige ansettelsen ansett som gyldig til tross for at Høyesterett kom til at arbeidet ikke atskilte seg fra det som ordinært ble utført i virksomheten. Høyesterett la til grunn at minerydding er en del av Norsk Folkehjelps ordinære virksomhet. For at midlertidig tilsetting likevel skal være gyldig må det kreves at virksomheten har ”vesentlige særtrekk som kan begrunne et unntak fra den klare hovedregel om at arbeidsoppgaver som ikke adskiller seg fra virksomhetens ordinære arbeid, bare kan løses ved fast ansatte arbeidstakere.”¹¹⁵ Høyesterett mente at det i dette tilfellet forelå slike vesentlige særtrekk ved at mineryddingen etter sitt formål var midlertidig, og at kvalifikasjonskravene til minerydding vil variere. Det ville ikke være mulig å overføre en arbeider til et annet område uten videre, noe som tilsa at oppdraget var tidsbegrenset. Høyesterett pekte også på at hovedregelen om fast ansettelse ville medføre problemer i forhold til administrasjonen av bistandsarbeidet, og at midletidig tilsetting derfor måtte godkjennes. Dommen skiller seg fra andre dommer om midlertidig ansettelse, og viser særlig at det må foretas en omhyggelig vurdering av hvert enkelt tilfelle. Høyesterett har i dommen lagt stor vekt på rimelighetsbetraktninger for å komme frem til resultatet. Hvor det foreligger spesielle arbeidsforhold gir dommen anvisning på at vurderingene kan falle annerledes ut enn i mer alminnelige arbeidsforhold, og at tidsbegrensede arbeidsavtaler lettere godtas når det foreligger spesielle forhold.

Illustrerende er også ARD 1980 s. 69. Arbeidsretten kom til at en dramaturg ved et teater ikke kunne ansettes midlertidig på ettårs kontrakter. Arbeidets karakter ved teateret var ikke av en slik særegen art som kunne begrunne tidsbegrensningen.¹¹⁶

¹¹⁵ Rt. 2001 s. 1413 side 1423.

¹¹⁶ Jakhell (2006) side 247.

Dommene viser at det må foretas en sammensatt vurdering. Det avgjørende er om arbeidsgivers behov for å ansette midlertidig er tilstrekkelig til at arbeidstakeren ikke oppnår det stillingsvernet som følger med fast ansettelse. Dersom en arbeidsgiver har behov for å ansette midlertidig på grunn av at virksomhetens drift vil vanskeliggjøres med faste ansettelser, må dette hensynet balanseres opp mot lovens hovedregel om fast ansettelse. Dommene vil ha betydning i forhold til innleie ved at reglene om innleie er gjort parallelle med når det er anledning til å ansette midlertidig.

2.2.2 "for arbeid i stedet for en annen eller andre (vikariat)", jf. aml. § 14-9 første ledd bokstav b)

Ordlyden gir anvisning på at et vikariat er arbeid som utføres når det er fravær av arbeidskraft, enten for en bestemt person eller en krets av uidentifiserbare personer. I forarbeidene uttales det at "et vikariat (må) i utgangspunktet forstås slik at den som vikarierer skal fylle bestemte arbeidsoppgaver eller en bestemt stilling, ved fravær av andre arbeidstakere. Det er ikke ubetinget avgjørende at navnet på den personen man vikarierer for eller varigheten av vikariatet er oppgitt på forhånd."¹¹⁷ Eksempelvis vil det være lovlig å benytte ferievikarer som avløsere i forbindelse med ferieavvikling uten at disse vikariatene er knyttet til bestemte personer.¹¹⁸

Vikariatet må være avgrenset i en eller annen form, slik at man unngår at arbeidstakere blir gående på vikarkontrakter i flere år uten at det er noen realitet i ansettelsesformen som benyttes.¹¹⁹ Likevel vil det ikke være i strid med loven å benytte samme vikar flere ganger,

¹¹⁷ Ot.prp. nr 50 (1993-1994) punkt 7.1.

¹¹⁸ Ot.prp. nr 50 (1993-1994) punkt 7.1.

¹¹⁹ Ot.prp. nr 50 (1993-1994) punkt 7.1.

under forutsetning av at noen faktisk er fraværende og at vikaren dekker et arbeidskraftbehov som skyldes fraværet.¹²⁰

Varierende eller stabilt behov for ekstra arbeidskraft

Det vil være i strid med loven dersom en virksomhet benytter seg av vikariater for å dekke et jevnt behov for ekstra arbeidskraft. I forarbeidene uttales det: ”Det antas således å være i strid med loven å inngå løpende kortvarige vikaravtaler for å dekke konstant behov for vikartjeneste innenfor f.eks. en større virksomhet med noenlunde stabil fraværspersent.”¹²¹ Større bedrifter vil normalt ha lettere for å kunne ha oversikt over fraværspersenten enn mindre bedrifter, men likevel slik at det stilles samme krav til lovligheten av midlertidige ansettelser også hos små- og mellomstore bedrifter. Når man skal vurdere om det foreligger et stabilt vikarbehov i bedriften kan vurderingen bero på om man skal se på hele bedriften under ett, på den enkelte avdeling eller på den aktuelle arbeidstaker- eller stillingskategori.¹²² Høyesterett har avgjort at det vil være riktig å ta utgangspunkt i den aktuelle arbeidstaker- eller stillingskategori.¹²³ Kvalifikasjonskravene vil variere innad i en bedrift, slik at det ikke vil gi et presist bilde av vikarbehovet dersom bedriften skal sees under ett.

I Rt. 1989 s. 1116 hadde arbeidstakeren arbeidet som vikar i to og et halvt år. Vikarkontraktene ble inngått særskilt for hver gang bedriften hadde behov ved fast ansattes fravær. Vikarens tjeneste atskilte seg imidlertid ikke i vesentlig grad fra skiftordningen som ble praktisert for de faste ansatte. Fraværspersenten var noenlunde stabil innen vikarens stillingskategori, og etter Høyesteretts vurdering var den også påregnelig for bedriften. Den midlertidige ansettelsen bar preg av at ”hun fast, over lang tid, har fylt et generelt, stort

¹²⁰ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) punkt 7.1.

¹²¹ Ot.prp. nr 50 (1993-1994) punkt 7.1.

¹²² Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-9 note 4.

¹²³ Rt. 2006 s. 1158.

vikarbehov for bedriften.”¹²⁴ At det ikke hadde vært forsøk på å omgå lovens regler var uten betydning for om den midlertidige ansettelsen ble ansett som lovlig. Høyesterett kom enstemmig til at vikarordningen bedriften hadde praktisert var i strid med arbeidsmiljølovens regler. Fra Høyesteretts vurderinger kan det fremheves to elementer: For det første må det foreligge et stabilt/varig vikarbehov i bedriften for at vikaransettelsen skal anses som ulovlig. For det andre må vikaren fast og over lang tid ha fylt hele eller deler av dette vikarbehovet.¹²⁵

I Rt. 2005 s. 826 dreide saken seg om en lagerarbeider som krevde erstatning fra sin arbeidsgiver for ulovlig midlertidig ansettelse. Det var uenighet om det forelå en midlertidig eller fast arbeidsavtale, men Høyesterett kom til at arbeidsavtalen måtte anses som midlertidig fordi arbeidstiden var udefinert. Arbeidstiden var satt til å være ”behovsrelatert”. Vurderingen av behovet var opp til arbeidsgiver, og arbeidstakeren hadde dermed ikke tryggheten en fast ansatt arbeidstaker kan påregne med tanke på fast inntekt. Arbeidsavtalen måtte derfor oppfylle kravene til at en midlertidig ansettelse skulle anses som lovlig. Arbeidsgiver hadde for Høyesterett påpekt at det i arbeidslivet er et behov for å kunne etablere en løsere tilknytning mellom bedrift og arbeidstaker, ved at bedriften har arbeidstakere som kan tilkalles ved behov – som vikar eller ekstrahjelp. Ethvert forhold må nødvendigvis vurderes konkret, men slik avtalen var i denne saken var den klart utenfor lovens rammer. Det fastslås, som i dommen fra 1989, at i tilfeller hvor virksomheten har et generelt behov for arbeidskraften skal det benyttes fast ansettelse, og ikke vikariater. Dommen var enstemmig.

I Rt. 2006 s. 1158, uttalte Høyesterett: ”Om en vikaravtale skal bli satt til side som stridende mot § 58A, har etter dette for det første en side til bedriftens behov – et fast arbeidskraftbehov skal ikke dekkes ved vikariater, men med en større grunnbemanning av fast ansatte. Det innebærer at det normalt er for noe større bedrifter med noenlunde jevnt og

¹²⁴ Rt. 1989 s. 1116 side 1121.

¹²⁵ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-9 note 4.

forutsigbart behov for vikarer at en slik vikarpool som i vår sak kan være ulovlig.”¹²⁶

Saken dreide seg om en ambulansesjåfør som var tilsatt som ”vikar/tilkallingshjelp med sporadisk tjenestegjøring/ubestemt arbeidstid”. Ambulansetjenesten hadde stabile vikarkostnader, noe som tilsa at fraværsprosenten var noenlunde stabil. Ordningen, slik den ble praktisert i ambulansetjenesten, var derfor i strid med arbeidsmiljølovens regler. At det ikke var forsøk på omgåelse fikk heller ikke gjennomslag i denne saken. Dommen var enstemmig.

Vurderingene fra en enstemmig Høyesterett i Rt. 1989 s. 1116 ble fulgt opp av Høyesterett i både Rt. 2005 s. 826 og i Rt. 2006 s. 1158, og det har dannet seg en presedens ved avsigelsen av dommen i 1989. Gjennomgående i dommene er det tillagt vesentlig betydning at bedriften ikke synes å ha et behov for midlertidig arbeidskraft, og at vikariatene har vært av mer varig karakter. Høyesterett har holdt samme kurs i saker som omhandler midlertidige ansettelser, og det er de samme vurderingene som legges til grunn for å avgjøre lovligheten av ansettelsesformen. Dommene omtalt overfor er som nevnt alle enstemmige, og skal derfor tillegges betydelig vekt ved løsning av tilsvarende spørsmål.

Til illustrasjon kan det nevnes to dommer fra lagmannsretten. I LF-1999-508 kom retten til at vikarordningen som hadde blitt praktisert var ulovlig. En ung mann hadde hatt 14 nærmest sammenhengende vikariater ved ekspedisjonsavdelingen i en meieribedrift over drøyt et halvt år. Flertallet la avgjørende vekt på at fraværstatistikken for bedriften viste betydelig antall fraværende, og uttalte: ”Det vesentlige for flertallet er at statistikken synes å vise et permanent behov for en ikke ubetydelig vikarbruk over en ikke ubetydelig periode. Behovet må da regnes som permanent og forutsigbart.” I forhold til den relativt korte tilknytningen arbeidstakeren hadde til bedriften uttalte de: ”Når et generelt behov lar seg konstatere, får det ikke avgjørende betydning at den aktuelle arbeidstaker – Lorentzen – har hatt relevant tilknytning til bedriften i en relativt kort periode, drøyt et halvt år. Den

¹²⁶ Rt. 2006 s. 1158, avsnitt 39.

tilnærmet sammenhengende bruken av Lorentzen og andre som vikarierer i denne tiden har understreket behovet for ytterligere minst en fast tilsetting.”

I motsatt retning, men avgjort ut ifra samme argumenter, går LG-2002-01045. Vikaren fikk ikke medhold i sitt krav om fast ansettelse i det kommunale brannvesen etter midlertidig tilsetting i to år. Grensen for når det ikke er anledning å ansette midlertidig var i dette tilfellet ikke overskredet. Vikariatene var knyttet til et midlertidig og ekstraordinært behov for å utføre arbeidsoppgavene.¹²⁷

Lengden av vikariatet

Lovens formål og bestemmelser sett i sammenheng innebærer at det er grenser for hvor lenge det kan avtales fortløpende vikariater før man *uansett* vil være utenfor lovens regler om midlertidige tilsetninger.¹²⁸ I Rt. 1991 s. 872 hadde arbeidstakeren vært tilsatt midlertidig i ledende stillinger i 12 år, og ansettelsen ble i utgangspunktet ansett som lovlig. Den midlertidige tilsettingen hadde vært begrunnet med at hun ikke hadde de nødvendige formelle kvalifikasjonskrav etter institusjonens bemanningsplan – som forutsatte treårig utdanning på høyskolenivå. Spørsmålet var om den lovlige midlertidige tilsettingen rettsgyldig kunne avtales i 12 år, om dette var saklig begrunnet og begrenset til det strengt nødvendige.¹²⁹ Høyesterett mente det må gå en grense for hvor lenge manglende formelle kvalifikasjonskrav kan begrunne midlertidighet. Grensen ble fastlagt etter en avveining av arbeidstakers behov for stillingsvern og arbeidsgivers interesse i å tidsbegrense avtalen. Høyesterett uttalte på side 878 i dommen: ”I arbeidsforhold av den karakter saken gjelder vil det imidlertid under enhver omstendighet være grenser for hvor lenge et midlertidig tilsetningsforhold kan vedvare, også når det som her er spaltet opp i mindre perioder. Og etter 12 år i ledende stilling finner jeg det lite tvilsomt at A har krav på fast tilsetting som assisterende avdelingsleder.” Høyesterett understreker at et så langt

¹²⁷ Jakhelln (2006) side 253.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) punkt 7.1 side 165.

¹²⁹ Rt. 1991 s. 872 side 876

tidsrom klart bryter med lovens formål om trygghet for den enkelte arbeidstaker. Arbeidstakeren hadde fått et krav på tryggheten fast ansettelse medfører etter tolv år i stillingen.

Praksis i næringslivet som grunnlag for midlertidig tilsetting

Det kan reises spørsmål om langvarig praksis innen en virksomhet kan danne grunnlag for bruken av midlertidige ansettelser, slik at det har oppstått en form for kutyme eller rettsstiftende praksis innen næringen/virksomheten. Om det har dannet seg en slik praksis vil i utgangspunktet bero på hvor lenge, konsekvent og hyppig praksisen har blitt fulgt.¹³⁰ Momenter av betydning vil være om praksisen anses for å være god eller dårlig, og forretningspraksis som domstolene anser som uheldig vil ha vanskelig for å bli anerkjent.¹³¹ Ulovlig bruk av midlertidig ansettelse innen en næring kan ha oppstått som en følge av ukultur innen ansettelsesprosessene, og Høyesterett har vist varsomhet med å godkjenne slike ansettelser på grunn av praksis innen bransjen.¹³²

I en nylig avsagt dom av Høyesterett vedrørende midlertidig ansettelse ble virksomheten ikke hørt med at det hadde vært langvarig og fast praksis i helsevesenet for den type vikarordning som ble praktisert, og at vikarordningen dermed måtte anses lovlig.¹³³ Høyesterett synes å avvise at praksis for midlertidige ansettelser innen en virksomhet eller bransje kan være rettslig relevant for lovligheten av ordningene.¹³⁴ En eventuell utbredt praksis kan ikke slå igjennom overfor ønsket om stillingsvern som ligger bak arbeidsmiljølovens regler.¹³⁵ At den enkelte vikar ikke har reist innvendinger mot ansettelsesformen er uten betydning. For en arbeidstaker kan det være lite

¹³⁰ Eckhoff (2000) side 258 og 259.

¹³¹ Eckhoff (2000) side 258 og 259.

¹³² Dalheim (2006) side 253.

¹³³ Rt. 2006 s. 1158

¹³⁴ Dalheim (2006) side 253

¹³⁵ Dalheim (2006) side 253

karrierefremmende og belastende å påpeke negative forhold hos arbeidsgiver.¹³⁶ Samme synspunkter vil gjelde også for innleide arbeidstakere. Praksis for innleie i en virksomhet eller bransje vil ikke være av betydning for om ordningen er lovlig.

Proforma – reelt midlertidig arbeidsforhold

Det er de reelle forholdene som er avgjørende når Høyesterett vurderer lovligheten av vikaravtalen, uavhengig av hva som er avtalt mellom partene. Det er ikke tilstrekkelig for å oppfylle lovens krav å kun kalle arbeidsforholdet for et vikariat. Dette understrekes av Høyesterett i Rt. 1989 s. 1116 på side 1120 hvor det uttales: ”Det er åpenbart ikke tilstrekkelig for anvendelse av unntaksregelen at man benevner en person som vikar.” Det må i ethvert tilfelle vurderes konkret om det foreligger et reelt midlertidig arbeidsforhold som oppfyller lovens krav. Dersom avtalen etter en slik vurdering fremstår som et proformaverk kan domstolene sette avtalen til side.¹³⁷ Dette vil være klart hvor avtalen er inngått nettopp for å omgå lovens regler om stillingsvern eller den anses utilbørlig overfor arbeidstakeren.¹³⁸ Synspunktene vil også slå igjennom overfor innleide arbeidstakere hvor det ikke er realitet i innleieforholdet. Eksempel på dette kan være en virksomhet som har behov for arbeidskraft, men som ikke ønsker arbeidsgiveransvaret. Aktuelle arbeidstakere blir derfor henvist til et utleiebyrå slik at virksomheten kan leie inn vedkommende. Nettopp på grunn av muligheten for slik omgåelse gjorde at lovgiver gjorde reglene for innleie parallelle med reglene for midlertidig tilsetning.¹³⁹

¹³⁶ Dalheim (2006) side 253.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 71.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 71.

¹³⁹ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.3.

2.3 Forholdet til reglene om prøvetid

Det synes å være en økende tendens i næringslivet at arbeidsgivere ønsker å teste ut arbeidstakerne utover den lovbestemte regelen om prøvetid på seks måneder, jf. aml. § 15-6 tredje ledd. I denne forbindelse er det oppstått begrep som ”try and hire”. ”Try and hire” kan enten forekomme ved at det inngås direkte avtale om at innleievirksomheten skal kunne ansette arbeidstakeren etter et visst tidsrom, eller indirekte ved at innleievirksomheten etter en tid ønsker å ansette arbeidstakeren uten at dette var avtalt på forhånd.¹⁴⁰

Ved å leie inn arbeidstakere fra et bemanningsbyrå kan innleievirksomheten teste ut en potensiell arbeidstaker over et lengre tidsrom, for så å ansette vedkommende fast i virksomheten med påfølgende ”ny” prøvetid. Overfor arbeidstakeren vil dette innebære at vedkommende ikke oppnår det stillingsvernet som loven innrømmer arbeidstakeren etter seks måneder i en ny virksomhet. Det kan dermed reises spørsmål om det er anledning til å avtale ny prøvetid når arbeidstakeren allerede har vært innleid til virksomheten. Sterke grunner taler for at det ikke skal være en slik anledning med bakgrunn i at arbeidstakeren har behov for trygghet i ansettelsesforholdet.¹⁴¹ Den tiden arbeidstakeren har vært innleid bør derfor tas med i beregningen av maksimumslengden på seks måneder.¹⁴² Formålet bak regelen om prøvetid er at arbeidsgiver skal få anledning til å prøve ut arbeidstakeren, men formålet slår ikke igjennom ved at arbeidstakeren allerede er prøvd ut i den aktuelle stillingen.

¹⁴⁰ Jakhell (2006) side 179 og 180.

¹⁴¹ Jakhell (2006) side 180.

¹⁴² Jakhell (2006) side 180.

3 VIRKNINGER AV ULOVLIG INNLEIE

Arbeidsmiljølovens regler om midlertidige ansettelsesformer tilhører lovens privatrettslige regler.¹⁴³ Det er domstolene som i de enkelte tilfellene må ta stilling til om det foreligger ulovlig midlertidig ansettelse eller innleie, normalt etter initiativ fra arbeidstakeren. Arbeidstilsynet fører ikke tilsyn med reglene.¹⁴⁴

3.1 Fast ansettelse, aml. § 14-14 første ledd

Ved ulovlig innleie av en arbeidstaker foreligger det et trepartsforhold, og virkningene må vurderes opp mot situasjonene som oppstår i forhold til hver enkelt relasjon. Først forholdet mellom innleier og den innleide arbeidstakeren. Der nest forholdet mellom utleier og arbeidstakeren, og endelig forholdet mellom utleier og innleier.

Det er innleiefirmaet som har risikoen for at de ikke benytter seg av midlertidige ansettelser i strid med aml. § 14-12, jf. § 14-9.¹⁴⁵ Rettsvirkningene av ulovlig innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie er at den innleide kan kreve fast ansettelse hos innleier, og eventuelt erstatning dersom vilkårene for dette er oppfylt, jf. bestemmelsens ordlyd. Retten til erstatning blir behandlet nedenfor i punkt 3.3.

Det er imidlertid inntatt en unntaksbestemmelse i regelen slik at fast ansettelse ikke alltid vil være rettsvirkningen, jf. aml. § 14-14 første ledd, andre punktum. På grunn av

¹⁴³ NOU 1998:15 punkt 5.2.1.1.

¹⁴⁴ NOU 1998:15 punkt 5.2.1.1.

¹⁴⁵ Ot. prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.5.

trepartsforholdet må det i tillegg foretas en rimelighetsvurdering om arbeidstakeren skal kunne fortsette som fast ansatt hos innleier.¹⁴⁶ Uttrykket ”skal” i § 14-14 første ledd må forstås mindre strengt enn tilsvarende regel i aml. § 14-11 om rettsvirkningene av ulovlig midlertidig ansettelse.¹⁴⁷ I forarbeidene påpekes det at vurderingen i innleietilfellene kan falle noe annerledes ut enn vurderingen domstolen foretar når det gjelder spørsmålet om fast tilsetting i midlertidige arbeidsforhold. Trepartsforholdet ved innleie kan tilsi at retten etter en totalvurdering av innleiers, arbeidstakers og utleiers interesser finner at det likevel ikke bør gis fast tilsetting, selv om dette normalt ville blitt løsningen ved midlertidig tilsetting.¹⁴⁸ Retten kan dermed etter påstand fra innleier bestemme at arbeidstakeren likevel ikke oppnår fast ansettelse hos innleiebedriften, jf. aml. § 14-14 første ledd, andre punktum.

Vurderingsnormen er om det blir ansett som ”åpenbart urimelig” om arbeidstaker skal kunne fortsette i stillingen som fast ansatt, og det må foretas en avveining av partenes interesser, jf. aml. § 14-14 første ledd, andre punktum. Momenter i vurderingen er om innleievirksomheten har vært i god tro vedrørende lovligheten av innleien, og hvor aktsom innleiefirmaet har vært.¹⁴⁹ Videre legges det vekt på varigheten av innleieforholdet, og karakteren av arbeidstakers arbeidsforhold hos innleier.¹⁵⁰ Dersom det foreligger overtallighet hos innleier taler dette for at fast ansettelse ikke blir resultatet. Det samme gjelder om arbeidstakeren har et velfungerende og trygt arbeidsforhold hos utleier.¹⁵¹ Dersom det for eksempel dreier seg om et innleieforhold med kort varighet, hvor vurderingen av om forholdet er lovlig har budt på tvil, og den innleide har et velfungerende, trygt arbeidsforhold hos utleier, kan det ikke utelukkes at retten etter en

¹⁴⁶ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-14 note 2.

¹⁴⁷ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-14 note 2.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) kapittel 6 punkt 6.3.3.5.

¹⁴⁹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-14 note 3.

¹⁵⁰ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-14 note 3.

¹⁵¹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-14 note 3.

konkret vurdering kommer til at det likevel ikke skal gis dom for fast tilsetning.¹⁵² I konkrete tilfeller vil det virke åpenbart urimelig om den innleide arbeidstakeren uten videre gis fast tilsetning hos innleier, som vedkommende muligens har liten tilknytning til, når arbeidstakeren samtidig har gode tilsetningsforhold hos utleier.¹⁵³ Momentene er ikke uttømmende, og vurderingen må baseres på at det er en unntaksbestemmelse fra regelen om at den innleide oppnår fast ansettelse.¹⁵⁴

3.1.1 Forholdet mellom innleier og arbeidstaker

Dersom arbeidstakeren får dom for at vedkommende skal anses som fast ansatt hos innleier innebærer dette at det opprettes et avtaleforhold mellom innleier og arbeidstaker, som i et ordinært arbeidsforhold. Domstolen må i disse tilfellene ta stilling til hva slags stilling det er tale om, hvilke betingelser som skal gjelde i avtaleforholdet og tidspunktet for tilsetning. Om en arbeidstaker oppnår fast ansettelse etter ulovlig innleie har visst nok ikke vært til behandling i Høyesterett. Ifølge forarbeidene må det må foretas en konkret helhetsvurdering, og momenter i vurderingen vil være hva slags arbeidsoppgaver arbeidstakeren utførte som innleid, hvilke vilkår arbeidstakeren hadde hos utleier, og lønnsnivået hos innleier for samme type arbeid.¹⁵⁵ Den innleide arbeidstakeren har dermed ingen sikkerhet for at arbeidsbetingelsene blir de samme som hos den opprinnelige arbeidsgiveren, og betingelsene kan bli dårligere enn dem vedkommende hadde fra før.¹⁵⁶

¹⁵² Ot.prp. nr 70 (1998-1999) kapittel 6 punkt 6.3.3.5.

¹⁵³ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) kapittel 6 punkt 6.3.3.5.

¹⁵⁴ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-14 note 3.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) kapittel 6 punkt 6.3.3.5.

¹⁵⁶ Larsen (2004) side 396 i note 6.

3.1.2 Forholdet mellom utleier og arbeidstaker

Mellom utleier og arbeidstaker eksisterer det et avtaleforhold i form av en arbeidskontrakt, som medfører plikter og rettigheter for begge parter. I tilfeller hvor arbeidstakeren får dom for at vedkommende er fast ansatt hos innleier oppstår derfor spørsmålet om hvordan og når arbeidskontakten skal avvikles. Domstolen bør i utgangspunktet ta hensyn til kontraktens oppsigelsestid når det avses dom for fast ansettelse hos innleier, men det kan forekomme tilfeller hvor domstolen etter en konkret helhetsvurdering likevel bør se bort fra oppsigelsestiden.¹⁵⁷ Dette kan for eksempel være i tilfeller hvor utleier åpenbart har visst at innleieferholdet ikke var lovlig i henhold til bestemmelsene om midlertidig ansettelse.¹⁵⁸

3.1.3 Forholdet mellom innleier og utleier

Mellom innleier og utleier eksisterer det et rent kontraktsrettslig forhold. Dersom arbeidstakeren får dom for at vedkommende er fast ansatt hos innleier er det en mulighet for at innleiers behov for innleid arbeidskraft bortfaller. Det naturlige vil i slike tilfeller være at kontakten om innleie fra utleiefirmaet bortfaller, men dette må løses etter kontaktens ordlyd og alminnelig kontraktsrett forøvrig.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) kapittel 6 punkt 6.3.3.5.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) kapittel 6 punkt 6.3.3.5.

¹⁵⁹ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.5.

3.2 Retten til å stå i stilling

Hovedregelen i arbeidsmiljøloven er at en arbeidstaker kan stå i stillingen så lenge det foregår forhandlinger om arbeidsforholdet lovlig er brakt til opphør, jf. aml. § 15-11 første ledd. Men retten til å stå i stilling gjelder ikke som hovedregel for midlertidige og innleide arbeidstakere, jf. aml. § 15-11 tredje ledd.

Retten til å stå i stilling vil inntre sjeldnere overfor en innleid arbeidstaker enn en midlertidig ansatt, og det er lagt opp til at det skal være en snever adgang.¹⁶⁰ På grunn av parallelliteten til reglene om midlertidig tilsetting utelukkes det likevel ikke at en innleid arbeidstaker gis rett til å stå i stilling i helt særskilte tilfeller.¹⁶¹ Etter krav fra den innleide arbeidstakeren kan retten bestemme at vedkommende kan stå i stilling inntil saken er rettskraftig avgjort, jf. aml. § 15-11 tredje ledd, annet punktum. Som eksempel på når en innleid arbeidstaker kan stå i stilling er når det åpenbart foreligger et fast løpende arbeidsforhold, det vil si hvor lovligheten av innleien ikke byr på noen tvil.¹⁶² Rett til å stå i stilling kan også bli resultatet når innleie er benyttet på en illojal måte for å omgå stillingsvernreglene.¹⁶³ Motsatt vil det ikke gis rett til å stå i stilling hvor det foreligger en velbegrunnet tvist mellom innleier og den innleide.¹⁶⁴

Dersom arbeidstakeren gis rett til å stå i stilling blir det spørsmål om hvilken stilling vedkommende skal stå i ettersom den innleide arbeidstakeren ikke er tilsatt hos innleier, og hvordan en slik rett forholder seg til en eventuell fastsatt oppsigelsestid hos utleier. Hvilken stilling som vil være aktuelt er behandlet i punkt 3.1.1. Hvor arbeidstakeren er forpliktet til

¹⁶⁰ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.5.

¹⁶¹ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.5.

¹⁶² Fougner og Holo (2006) side 834 i note 9.

¹⁶³ Fougner og Holo (2006) side 834 i note 9.

¹⁶⁴ Fougner og Holo (2006) side 834 i note 9.

utleier i en oppsigelsesperiode vil denne normalt måtte overholdes.¹⁶⁵ I slike tilfeller bør det derfor helt unntaksvis innrømmes rett til å stå i stilling hos innleier.¹⁶⁶

3.3 Erstatning, aml. § 14-14 andre ledd

Dersom retten kommer til at det foreligger ulovlig innleie av arbeidstakeren kan arbeidstakeren kreve erstatning fra innleier, jf. aml. § 14-14 andre ledd. Erstatningen skal fastsettes i samsvar med bestemmelsen i aml. § 15-12 andre ledd, jf. aml. § 14-14 andre ledd, ”til det beløp retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig.” Arbeidsmiljøloven § 14-14 andre ledd er en videreføring av arbeidsmiljøloven § 55 K nr. 3 fjerde ledd og nr. 4 fjerde ledd, og tidligere rettspraksis vil derfor være av betydning ved fastleggelsen av retten til erstatning.¹⁶⁷

Arbeidstakeren kan enten reise kravet sammen med krav om fast ansettelse eller alene som et rent erstatningssøksmål.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.5.

¹⁶⁶ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 6.3.3.5.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) side 334.

¹⁶⁸ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 14-14 note 4.

4 FORBUD MOT DISKRIMINERING, AML. KAPITTEL 13

Retten til ikke å bli diskriminert er en menneskerettighet som tilkommer enhver, og diskrimineringsvernet er en stadig viktigere del av EU-retten. Prinsippet om ikke-diskriminering er fastslått i en rekke internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av. Dette gjelder blant annet FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK). Prinsippet om ikke-diskriminering er en rettighet som er særlig viktig innen arbeidslivet, og er også nedfelt i FNs kvinnekonvensjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon og FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.¹⁶⁹

Gjennom utviklingen som har skjedd i arbeidslivet, med stadig økende bruk av midlertidig ansettelse og innleie av arbeidstakere, har det oppstått behov for et diskrimineringsvern for disse gruppene. Diskrimineringsvernet skal forhindre at arbeidstakere med en midlertidig ansettelsesform kommer i en dårligere stilling enn tilsvarende faste ansatte.¹⁷⁰ Det er derfor nå innført bestemmelser i både nasjonal og internasjonal lovgivning som skal verne midlertidige og innleide arbeidstakere.

Direktivene som hjemler et diskrimineringsvern overfor midlertidige ansatte inneholder et forbud mot diskriminering på grunn av sider ved arbeidsavtalen eller ansettelsesforholdet, og regulerer ikke forskjellsbehandling som kan forekomme på grunn av personlige egenskaper.¹⁷¹ Forskjellsbehandling på grunn av personlige egenskaper reguleres blant

¹⁶⁹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, kapittel 13.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) punkt 15.3.1.

¹⁷¹ NOU 2004:5 punkt 14.3.4.

annet i EMK, ØSK og SP. Reglene som følger av de nevnte konvensjonene vil ikke bli behandlet. Oppgaven vil kun behandle det særlige diskrimineringsvernet vedtatt overfor midlertidige og innleide arbeidstakere i nasjonal lovgivning, og vil omtale internasjonale regler som har vært forløperen til nasjonale bestemmelser.

Kapittel 13 i arbeidsmiljøloven hjemler et vern mot diskriminering i arbeidslivet, og er hovedsakelig en gjennomføring av Rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskjeftigelse og erverv (EUs rammedirektiv).¹⁷²

Diskriminering av innleide og midlertidige ansatte er inntatt som et særlig diskrimineringsgrunnlag i aml. § 13-2 annet ledd og § 13-1 tredje ledd. Et slikt særskilt grunnlag var ikke inntatt i loven før dette ble foreslått av Regjeringen i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). Bakgrunnen for forslaget var at både Direktiv 99/70/EF og Direktiv 97/81/EF om midlertidig ansettelse inneholder generalklausuler som hjemler et forbud mot å behandle midlertidig ansatte på en mindre gunstig måte enn tilsvarende fast ansatte, utelukkende fordi de er midlertidig ansatte.¹⁷³ Direktiv 99/70/EF gjelder ikke for innleide arbeidstakere, men det ble uttalt at partene hadde til hensikt å overveie om tilsvarende avtale skulle inngås for innleide arbeidstakere. Det ble derfor fremsatt et direktivforslag i 2002 som tok sikte på å beskytte vikaransatte og å forbedre innleievilkårene for innleide vikarer fra vikarbyråer. Det ble imidlertid ikke oppnådd politisk enighet rundt forslaget, og tilsvarende direktiv ble dermed ikke vedtatt for innleide arbeidstakere.¹⁷⁴

¹⁷² Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, kapittel 13

¹⁷³ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) punkt 15.3.1.

¹⁷⁴ Rådets direktiv 1999/70/EF i innledningen til rammeavtalen og NOU 2004:5 punkt 15.3.4.

Ved behandling av lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m. fant

Arbeids- og administrasjonsdepartementet imidlertid ikke grunn til ikke å inkludere innleide arbeidstakere i vernet mot diskriminering.¹⁷⁵ Bestemmelsene i aml. kapittel 13 ”gjelder tilsvarende” for innleide og midlertidige ansatte, jf aml. § 13-2 annet ledd og § 13-1 tredje ledd. Dette innebærer at samtlige bestemmelser i kapittel 13 kommer til anvendelse også overfor diskriminering av innleide arbeidstakere og midlertidige ansatte.¹⁷⁶ At lovgiver ga diskrimineringsvernet gyldighet overfor innleide arbeidstakere, selv om det ikke forelå en forpliktelse til å gjøre det, viser lovgivers holdning til at innleide arbeidstakere ikke skal bli et ”B-lag” i arbeidslivet.

4.1.1 Hva omfatter diskrimineringsforbudet av midlertidige og innleide arbeidstakere?

Arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd forbyr all direkte og indirekte diskriminering. Innholdet i begrepene er definert i likestillingsloven § 3 andre og tredje ledd, og definisjonene skal legges til grunn for arbeidsmiljølovens bestemmelser.¹⁷⁷ Formålet bak reglene om direkte diskriminering er å sikre formell likhet mellom arbeidstakere.¹⁷⁸ Direkte diskriminering vil si at en person blir behandlet dårligere enn det en annen ville blitt med utgangspunkt i ett av de nevnte diskrimineringsgrunnlagene. Indirekte diskriminering innebærer at en i utgangspunktet nøytral bestemmelse, betingelse eller praksis slår forskjellig ut overfor ulike arbeidstakere.¹⁷⁹ For eksempel vil en praksis som stiller innleide

¹⁷⁵ Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) punkt 8.1.5.3.

¹⁷⁶ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 13-1 note 12.

¹⁷⁷ Jakhell (2006) side 71.

¹⁷⁸ Jakhell (2006) side 72.

¹⁷⁹ Jakhell (2006) side 72.

arbeidstakere dårligere enn tilsvarende faste ansatte ofte være indirekte diskriminerende overfor kvinner fordi langt flere kvinner enn menn er vikarer.¹⁸⁰

Det er tre vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge diskriminering. Det må foreligge årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget som påberopes og behandlingen vedkommende er utsatt for. Den presumptivt diskriminerte arbeidstakeren må faktisk ha havnet i en dårligere stilling på grunn av den foretatte handling eller unnlatelsen av å foreta en handling. Endelig må diskrimineringen ikke være tillatt forskjellsbehandling.¹⁸¹ Hva som er tillatt forskjellsbehandling behandles nedenfor i punkt 4.1.2.

Diskrimineringsforbudet gjelder alle sidene av arbeidsforholdet, helt fra utlysning av stilling til opphør av arbeidsforholdet, jf. aml. § 13-2 første ledd. I forhold til innleide arbeidstakere og midlertidig ansatte kan det særlig oppstå spørsmål om diskriminering i forhold til arbeidsmiljø og lønns- og arbeidsvilkår. Hvordan arbeidsmiljøet skal ivaretas ved innleieferhold er omhandlet overfor i punkt 2.1.2. Det er kun forskjellsbehandling som utelukkende skyldes at arbeidstakeren arbeider midlertidig som rammes.¹⁸² Som eksempel nevnes det i forarbeidene der en midlertidig ansatt holdes helt utenfor de lokale lønnsforhandlingene i virksomheten, utelukkende fordi vedkommende er midlertidig ansatt.¹⁸³ Arbeidsgiver har derimot rett til å foreta en individuell lønnsfastsettelse i forhold til den enkelte arbeidstakers markedsverdi, kompetanse, ansiennitet, utførelse av arbeidet, arbeidsinnsats og lignende.¹⁸⁴ Lønn er et særlig virkemiddel innen arbeidslivet for å kunne

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 4.6. (Kvinneandelen var på 69 prosent i bemanningsforetak.)

¹⁸¹ Jakhelln (2006) side 72.

¹⁸² NOU 2004:5 punkt 14.3.6 "Anvendelsesområde."

¹⁸³ NOU 2004:5 punkt 14.3.6 "Anvendelsesområde."

¹⁸⁴ NOU 2004:5 punkt 14.3.6 "Anvendelsesområde."

tiltrekke seg attraktive arbeidstakere, eventuelt å kunne holde på slike, og slik forskjellsbehandling vil ikke rammes av forbudet mot diskriminering.¹⁸⁵

Som eksempel på lønnsvilkår som kan anses som diskriminering overfor innleide arbeidstakere kan det nevnes gunstige finansieringsordninger innen finanssektoren som innleide arbeidstakere ikke får ta del i. Tilsvarende kan gjelde med tanke på gunstige forsikringsordninger som kun er tilgjengelig for virksomhetens faste ansatte. Reelle hensyn taler for at innleide arbeidstakere med en mer fast tilknytning bør innlemmes i slike ordninger for å hindre forskjellsbehandling. Forarbeidene omtaler ikke denne typen eksempler, men det kan stilles spørsmål om lovligheten av slike ordninger hvor det fører til splittelse innen en virksomhet mellom de faste ansatte og de innleide arbeidstakerne.

4.1.2 Lovlig forskjellsbehandling, aml. § 13-3

Bestemmelsen i aml. § 13-3 inneholder regler for når direkte og indirekte diskriminering likevel anses som lovlig. Både ved direkte og indirekte diskriminering er det vilkår at forskjellsbehandlingen har et "saklig formål", og at det ikke er et "uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles", jf. aml. § 13-3 første og andre ledd. Adgangen til forskjellsbehandling er snevrere når det gjelder direkte diskriminering enn når det er tale om adgangen til indirekte diskriminering.¹⁸⁶

Andre ledd i bestemmelsen gir et generelt unntak fra forbudet mot diskriminering på grunn av midlertidig tilsetting, og unntaket gjelder både overfor direkte og indirekte diskriminering.¹⁸⁷ Hvorvidt slik forskjellsbehandling er lovlig vil bero på en konkret vurdering av ethvert tilfelle hvor vurderingstemaene vil være om forskjellsbehandlingen er

¹⁸⁵ NOU 2004:5 punkt 14.3.6 "Anvendelsesområde."

¹⁸⁶ Jakhelln (2006) side 71.

¹⁸⁷ NOU 2004:5 punkt 14.3.6.

nødvendig for å oppnå et saklig formål, og om den er uforholdsmessig inngripende for den midlertidige ansatte.¹⁸⁸

Ved tolkningen av når det er anledning til forskjellsbehandling legges forholdsmessighetsprinsippet til grunn. (Pro rata temporis-prinsippet.)¹⁸⁹ Dette er i tråd med Direktiv 1999/70/EF og Direktiv 97/81/EF. Som en følge av forholdsmessighetsprinsippet kan rettigheter i arbeidsforholdet utmåles i forhold til arbeidstakerens stillingsandel (aktuelt overfor deltidsansatte) eller ansettelsestid uten at dette er i strid med diskrimineringsforbudet.¹⁹⁰

4.1.3 Bevisbyrde, aml. § 13-8

Arbeidstaker eller arbeidssøker må legge frem opplysninger som ”gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering.”, jf. aml. § 13-8. Arbeidstakeren må etablere en presumsjon for diskriminering ved hjelp av de foreliggende opplysningene, men det er ikke krav om sannsynlighetsovervekt.¹⁹¹ At det ikke stilles krav om sannsynlighetsovervekt viser at det er en bestemmelse til gunst for arbeidstakeren. Dersom arbeidstakeren klarer å etablere en slik presumsjon er det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted lovstridig diskriminering, jf. bestemmelsens ordlyd. Med å ”sannsynliggjøre” menes bevisovervekt på mer enn 50 prosent sannsynlighet.¹⁹²

¹⁸⁸ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 13-3 note 8.

¹⁸⁹ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, § 13-3 note 8.

¹⁹⁰ NOU 2004:5 punkt 14.3.6.

¹⁹¹ Ot.prp. nr 49 (2004-2005) punkt 25, kapittel 13 til § 13-8.

¹⁹² Ot.prp. nr 49 (2004-2005) punkt 25, kapittel 13 til § 13-8.

5 INTERNASJONALE PERSPEKTIVER

5.1 Nordisk rett

I en fremstilling av norske regler om innleie og midlertidig ansettelse kan det være nyttig med en oversikt over hvordan samme spørsmål er løst i de nordiske landene.

Reguleringsmåten innen arbeidsretten er prinsipielt den samme i de nordiske landene, og ved tvilstilfelle i intern rett kan derfor utenlandsk lovgivning tjene som et tolkningsmoment for hvordan spørsmålet bør løses.¹⁹³

5.1.1 Reglene om innleie og midlertidig ansettelse i Sverige og Danmark

Fast ansettelse er hovedregelen også i de øvrige nordiske landene.¹⁹⁴ Kapittelet vil omhandle både reglene for innleie av arbeidskraft og reglene for midlertidig tilsetting i Sverige og Danmark.

Arbeidsutleie ble tillatt i Sverige i 1992 ved lag (1991:746). Sverige anses for å ha liberale regler for utleie av arbeidskraft, og reglene finnes idag i lag (1993:440) om privat arbeidsförmidling och uthyrning av arbetskraft. Gjennom vedtagelsen av loven ble restriksjonene rundt arbeidsutleie færre. I den tidligere loven var det blant annet tidsbegrensninger i forhold til lengden av innleieperioden.¹⁹⁵ Tidligere lov hjemlet også

¹⁹³ NOU 2004:5 punkt 4.2.1.

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.1.5.

¹⁹⁵ Berg og Numhauser-Henning (2000).

vilkår om at det måtte foreligge tilfeldig/ekstra behov for arbeidskraft for at innleie skulle være lovlig.¹⁹⁶ Reglene i någjeldende lov er vesentlig liberalisert. Loven hjemler et forbud mot at utleier setter vilkår om at arbeidstakere ikke skal kunne ta ansettelse hos innleier, jf. § 4 nr. 1. Videre er det forbud mot å leie ut en arbeidstaker til en innleier vedkommende har vært ansatt hos tidligere, tidligere enn seks måneder etter at ansettelsen opphørte, jf. § 4 nr. 2. Utleier kan ikke ta betaling fra arbeidstakeren for at de har formidlet vedkommende, jf. § 6. Foruten disse reglene, samt noen definisjoner, inneholder loven ikke ytterligere bestemmelser angående utleie av arbeidskraft.¹⁹⁷

I Sverige er adgangen til midlertidig ansettelse regulert i Lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS), samt i enkelte særlover og forskrifter som gir særlige bestemmelser om midlertidig ansettelse.¹⁹⁸ Midlertidig ansettelse kan avtales "för allmän visstidsanställning, för vikariat, för säsongarbete, och när arbetstagaren har fyllt 67 år."¹⁹⁹ "Allmän visstidsanställning" er en ansettelsesform som gir arbeidsgiverne mulighet til å ansette midlertidig uten noen bestemt begrunnelse.²⁰⁰ Men dersom arbeidstakeren over en femårsperiode har vært ansatt på denne typen kontrakt sammenhengende i mer enn to år går ansettelsen over til fast ansettelse.²⁰¹ Loven inneholder også tidsbegrensninger hva gjelder bruken av midlertidig ansettelse ved vikariat. En vikar som har vært ansatt i til sammen mer enn tre år over en periode på fem år går over til å bli fast ansatt.²⁰² Fra og med januar 2008 vil tidsbegrensningen for "allmän visstidsanställning" og vikariater likestilles, slik at en vikar oppnår fast ansettelse etter å ha vært ansatt i til sammen mer enn to år over

¹⁹⁶ Berg og Numhauser-Henning (2000).

¹⁹⁷ Berg og Numhauser-Henning (2000).

¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.1.5.

¹⁹⁹ Lagen (1982:80) om anställningsskydd § 5.

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 16.1.5

²⁰¹ Lagen (1982:80) om anställningsskydd § 5.

²⁰² Ot.prp. nr. 49 (2005-2006) punkt 16.1.5

en femårsperiode.²⁰³ Bestemmelsene i loven er som hovedregel ufravikelige til arbeidstakers ugunst, men kan i enkelte deler fravikes ved tariffavtale på forbundsnivå eller ved lokale avtaler med forankring i avtaler på forbundsnivå. Loven kan blant annet fravikes i forhold til midlertidig ansettelse.²⁰⁴

I Danmark er reglene for innleie av arbeidskraft regulert i en rekke tariffavtaler innen de forskjellige sektorene i næringslivet. Det er derfor ikke mulig i denne oppgaven å gi en uttømmende beskrivelse av når det er anledning til å leie inn arbeidskraft, og hvilke vilkår innleie- og utleievirksomheten må oppfylle. For eksempel er det inngått tariffavtaler innen byggebransjen, servicenæringen og innen industrien som regulerer innleie på forskjellige måter.²⁰⁵ Når man skal finne ut av rettsstillingen til en innleid arbeidstaker må man kjenne til hvilke overenskomster bemanningsbyrået er bundet av, brukervirksomhetens forhold samt den enkelte arbeidstakers individuelle ansettelsesvilkår.²⁰⁶

Midlertidig ansettelse er imidlertid lovregulert i Danmark fra og med 2003. Før dette var det ingen særskilt regulering av adgangen til midlertidig ansettelse. I samsvar med dansk rettstradisjon var det tariffavtalene som dominerte rettskildebildet også på dette området. Loven ble vedtatt for å oppfylle Ef-direktivet om midlertidig ansettelse.²⁰⁷ Loven hjemler krav til objektive grunner for fornyelse av den midlertidige tilsettingen, forbud mot diskriminering av midlertidig ansatte og tilsvarende faste ansatte, og krav om at arbeidsgiver skal opplyse midlertidig ansatte om ledige stillinger i virksomheten.²⁰⁸ At det må foreligge objektive grunner for fornyelse av midlertidige tilsettinger er med sikte på å hindre misbruk ved gjentatte midlertidige arbeidsforhold. Loven inneholder eksempler på

²⁰³ Lagen (1982:80) om anställningsskydd § 5 med ikrafttreden 2008-01-01.

²⁰⁴ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) punkt 3.2.2.

²⁰⁵ Kudsk-Iversen og Andersen (2006), side 30.

²⁰⁶ Aftale mellem DH&S og HK – Dansk Handel & Service.

²⁰⁷ NOU 2004:5 punkt 15.3.5.

²⁰⁸ NOU 2004:5 punkt 15.3.5.

hva som vil regnes som ”objektive forhold”.²⁰⁹ Som eksempel på slike objektive forhold nevnes det fornyelse som skyldes ”uforudselige forfald som sykdom, graviditet, barsel, orlov (permisjon) eller borgerligt ombud (oppgave man som borger har plikt til å utføre- eks ”domsmand”).²¹⁰ Fornyelse som ”følger efter ophør af tids- eller opgavebestemt akkord, eller der er nødvendig til løsning, herunder udbedring, af en oprindelig bestemt arbejdsopgave af midlertidig karakter” vil også betegnes som objektive forhold som begrunner videre midlertidig tilsetning.²¹¹ Som hovedregel kan den arbeidsrettslige lovgivningen fravikes både til arbeidstakers gunst og ugunst ved tariffavtale, mens lovene ved individuell avtale bare kan fravikes til arbeidstakers gunst.²¹²

Reglene om midlertidig ansettelse er forholdsvis like i de tre nordiske landene som en følge av at alle landene har ratifisert EF-direktivet om midlertidig ansettelse. Reglene for innleie er imidlertid ulikt regulert og utformet. I Norge ble det lagt stor vekt på at reglene om midlertidig tilsetning og innleie bør være parallelle slik at man ikke åpner for en mulighet til å omgå reglene. I Sverige, hvor reglene er blitt vesentlig liberalisert, ser man at det har skjedd en økning i antall innleide arbeidstakere.²¹³ I Danmark har det også skjedd en markant økning i antall innleide arbeidstakere, men likevel slik at innleide arbeidstakere er en relativt beskjeden gruppe innen arbeidslivet.²¹⁴ I Norge har det også forekommet økning i antall innleide arbeidstakere.²¹⁵ At det har skjedd en lik utvikling i de tre landene selv om reglene er forskjellig utformet tilsier at det i stor grad er markedskreftene som legger føringer for om virksomhetene benytter seg av innleid arbeidskraft, og kanskje ikke i like

²⁰⁹ NOU 2004:5 punkt 15.3.5.

²¹⁰ Dansk lov: Lov nr. 370 af 28/05/2003 § 5. ”Lov om tidsbegrænset ansættelse.”

²¹¹ Dansk lov: Lov nr. 370 af 28/05/2003 § 5. ”Lov om tidsbegrænset ansættelse.”

²¹² Ot.prp. nr 49 (2004-2005) punkt 3.2.2.

²¹³ Berg og Numhauser-Henning (2000).

²¹⁴ Kudsk-Iversen og Andersen (2006), side 5.

²¹⁵ Kaspersen (2007).

stor grad lovverket. Norge har likevel de mest restriktive reglene ved at vilkårene for midlertidig ansettelse og innleie er likestilt.

5.2 Internasjonale forpliktelser

Regelutviklingen på arbeidslivets område har i stor grad blitt påvirket av internasjonale forpliktelser som Norge er bundet av. Særlig er EØS-avtalen og det store antallet konvensjoner vedtatt av Den internasjonale arbeidsorganisasjonen (ILO) av stor betydning for nasjonale regler om arbeiderrettigheter. I tillegg legger bestemmelser i FN konvensjonene om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og Den europeiske sosialpakt føringer for de norske reglene.²¹⁶

Norge er folkerettslig forpliktet til å sikre at nasjonal lovgivning er i samsvar med konvensjonene som ratifiseres. I forhold til reglene om innleie av arbeidstakere og midlertidige ansettelser er det særlig ILO-konvensjon nr. 181 fra 1997 om privat arbeidsformidling og EUs rådsdirektiv 99/70/EF om midlertidig ansettelse som er av betydning for hvilke krav som stilles til nasjonal lovgivning. Det er derfor kun disse som gjennomgås i det følgende, og de mer generelle kravene som følger av EØS-avtalen og menneskerettighetene vil ikke bli behandlet.

5.2.1 ILO-konvensjon nr. 181 om privat arbeidsformidling

Konvensjonen gjelder for både privat arbeidsformidling og privat arbeidsutleie, jf. art. 1. Privat arbeidsutleie er uttrykkelig nevnt i artikkel 1 nr. 1b). Reglene for innleie/utleie av arbeidskraft i arbeidsmiljøloven og arbeidsmarkedsloven må oppfylle kravene som følger

²¹⁶ NOU 2004:5 punkt 4.1.1.

av konvensjonen. Konvensjonen suppleres av ILO-rekommandasjon nr. 188, men den stiller ikke bindende krav til nasjonal lovgivning.²¹⁷

Konvensjonen fastslår at privat arbeidsutleie skal være lovlig, jf. art. 2, og bestemmelsen var bakgrunnen for at sysselsettingsloven § 27 måtte oppheves.²¹⁸

Konvensjonens materielle bestemmelser er plassert i artiklene 1 til 14.²¹⁹

Det er særlig artiklene 5, 11 og 12 i konvensjonen som stiller materielle krav til norsk lovgivning i forbindelse med innleie av arbeidskraft. Kapittelet vil derfor kun omtale hvilke forpliktelser Norge er bundet av som følge av disse artiklene.

Artikkel 5 i konvensjonen hjemler forbud mot diskriminering av midlertidige og innleide arbeidstakere på grunn av rase, hudfarge, kjønn, religion, politisk overbevisning, nasjonal herkomst eller sosial opprinnelse. Før Norge ratifiserte konvensjonen var det tvil om Norge oppfylte kravene artikkelen stilte. Bakgrunnen for tvilen var at det i 1998 ikke var skrevne regler i norsk arbeidsrettslig lovgivning som generelt forbød diskriminering på grunnlag av rase, hudfarge, religion eller lignende.²²⁰ Selv om det forelå tvil ble konklusjonen til utredningsutvalget at artikkelen neppe stilte krav til nasjonal lovgivning utover det som fulgte av konvensjoner Norge allerede var bundet av.²²¹ Idag er det tatt inn et eget kapittel om diskriminering i arbeidsmiljøloven kapittel 13, og diskrimineringsvernet ”gjelder tilsvarende” for midlertidig og innleide arbeidstakere, jf. aml. § 13-1 tredje ledd og § 13-2 andre ledd. Det er derfor idag ikke tvil om at Norge oppfyller forpliktelsene som følger av konvensjonen.

²¹⁷ NOU 1998:15 Referanser punkt 1.1.2

²¹⁸ NOU 1998:15 Referanser punkt 1.3.2

²¹⁹ NOU 1998:15 Referanser punkt 1.1.4.

²²⁰ NOU 1998:15 Referanser punkt 1.4.5.

²²¹ NOU 1998:15 Referanser punkt 1.4.5.

Artikkel 11 og 12 inneholder regler som skal beskytte arbeidstakere ansatt i virksomheter som bedriver utleie av arbeidskraft. Slike arbeidstakere skal ha samme rettigheter i forhold til sin arbeidsgiver, utleiefirmaet, som øvrige arbeidstakere har. Dette innebærer at utleide arbeidstakere har samme rettskrav i forhold til de allerede nevnte regler om arbeidstid og arbeidsmiljø, trygdeytelser, ytelser ved yrkesskade og kompensasjon ved insolvens. Se nærmere om dette i punkt 2.1.2. Artikkel 12 regulerer ansvarsfordelingen som oppstår i trepartsforholdet ved utleie. Norsk lovgivning anses for å være i overensstemmelse med kravene som stilles.²²² Hvordan ansvarsfordelingen i trepartsforhold er løst i Norge er nærmere omtalt overfor i punkt 2.1.2.

5.2.2 EUs rådsdirektiv om midlertidig ansettelse

Rådsdirektiv 99/70/EF inneholder en generalklausul som setter forbud mot å behandle midlertidig ansatte på en mindre gunstig måte enn tilsvarende fast ansatte.²²³ Som nevnt overfor gjelder direktivet ikke overfor innleide arbeidstakere.²²⁴

Direktivet om midlertidig ansettelse er en del av EØS-avtalen, og er basert på en rammeavtale inngått mellom sentrale europeiske arbeidslivsparter.²²⁵ For eksempel kan det nevnes EFS, UNICE og CEEP. Direktivet fastslår at fast ansettelse skal være hovedregelen, samt generelle prinsipper og minstekrav for midlertidig ansettelse, herunder ansettelsesvilkår.²²⁶ Formålet er å bedre kvaliteten på midlertidig ansettelse ved å sikre

²²² NOU 1998:15 Referanser punkt 1.4.11.

²²³ NOU 2004:5 punkt 14.3.1.

²²⁴ Rådets direktiv 1999/70/EF Innledning til rammeavtalen.

²²⁵ NOU 2004:5 punkt 15.3.4.

²²⁶ NOU 2004:5 punkt 15.3.4

prinsippet om likebehandling. Videre er formålet å opprette en ramme for å hindre misbruk som følge av at det benyttes gjentatte midlertidige arbeidsavtaler eller ansettelsesforhold.²²⁷

Artikkel 4 er hjemmel for å hindre at midlertidige ansatte diskrimineres i forhold til tilsvarende faste ansatte med tanke på ansettelsesvilkår. Forskjellsbehandling kan likevel godtas dersom forskjellsbehandlingen er begrunnet i ”objektive forhold”, jf. art. 4.

EF-domstolen tok nylig stilling til det nærmere innhold av artikkel 4 i

Yolanda Del Cerro Alonso mot Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.²²⁸ Saken gjaldt om en midlertidig ansatt skulle tildeles et ansiennitetstillegg som i nasjonal rett (Spania) var forbehold faste ansatte. EF-domstolen skulle prejudisielt ta stilling til følgende spørsmål: for det første om artikkel 4 også omhandler økonomiske vilkår. Dernest om en bestemmelse i nasjonal rett, som forbeholder ansiennitetstillegg til faste ansatte, kan være et objektivt forhold som begrunner at tillegget ikke tildeles midlertidige ansatte. Endelig om avtalen inngått mellom de ansattes fagforeningsrepresentanter og det offentlige inneholdt ”objektive forhold” som kunne begrunne at ansiennitetstillegget ikke ble tildelt de midlertidige ansatte. Domstolen kom til at begrepet ”arbeidsvilkår” i artikkel 4 kan danne rettsgrunnlag for et krav om ansiennitetstillegg skal tildeles eller ikke. De to sistnevnte spørsmålene ble behandlet samlet. Domstolen kom til at artikkel 4 er til hinder for forskjellsbehandling av arbeidstakere med tidsbegrenset ansettelse dersom forskjellsbehandlingen alene er begrunnet i at den er fastsatt i en rettsforskrift eller administrativ bestemmelse i en medlemsstat. Det samme gjelder for regler fastsatt i en kollektiv avtale, som er inngått mellom de ansattes fagforeningsrepresentanter og den berørte arbeidsgiver. ”Objektive forhold” kan foreligge når forskjellsbehandlingen oppfyller et reelt behov, og er egnet og nødvendig til å nå formålet bak forskjellsbehandlingen.²²⁹ I Norge inneholder diskrimineringsforbudet eksplisitt lønns- og

²²⁷ NOU 2004:5 punkt 15.3.4.

²²⁸ Avsagt 13. september 2007. Sag C-307/05.

²²⁹ Yolanda Del Cerro Alonso mot Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, avsnitt 58.

arbeidsvilkår i aml. § 13-2 første ledd, bokstav c). Diskrimineringsvernet overfor innleide og midlertidige ansatte er omtalt nærmere overfor i punkt 4.

Statene er etter artikkel 5 forpliktet til å treffe ett eller flere bestemte tiltak for å hindre misbruk som følge av gjentatte midlertidige ansettelsesforhold. Tiltakene kan treffes gjennom lovgivning, i nasjonale tariffavtaler og i nasjonal praksis.²³⁰ Norge har gjennomført dette ved å vedta bestemmelser som setter en maksimumsgrense for hvor lenge en arbeidstaker kan ansettes midlertidig i § 14-9 femte ledd, andre punktum. Grensen er også lovfestet for innleide arbeidstakere, jf. § 14-12 tredje ledd.

Arbeidsgiver er også etter direktivet gitt en opplysningsplikt overfor midlertidig ansatte om ledige stillinger i virksomheten, jf. art. 6.²³¹ Opplysningsplikten er i norsk rett hjemlet i aml. § 14-1. Bestemmelsen gjelder for alle arbeidstakere, også midlertidige og innleide arbeidstakere.²³² Formålet med bestemmelsen er å sikre midlertidige og innleide arbeidstakere en reell mulighet til å søke om fast ansettelse.²³³

Det er også inntatt en ”opplæringsbestemmelse” i artikkel 6 nr. 2. Artikkelen oppfordrer arbeidsgivere til å gjøre det lettere for midlertidige ansatte å få adgang til passende faglig utdanning slik at de kan forbedre deres ferdigheter, deres karrieremuligheter og å få en større mobilitet i arbeidslivet.²³⁴ I Norge er det vedtatt bestemmelser som skal hindre at midlertidig og innleide arbeidstakere diskrimineres med tanke på opplæring og annen kompetanseutvikling, jf. aml. § 13-2 første ledd bokstav b).

²³⁰ NOU 2004:5 punkt 15.3.4.

²³¹ NOU 2004:5 punkt 15.3.4.

²³² Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, til § 14-1 note 1.

²³³ Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no, til § 14-1 note 1.

²³⁴ Rådets direktiv 1999/70/EF artikkel 6.

Ved implementeringen av direktivet i norsk rett ble det lagt til grunn at dagjeldende arbeidsmiljølov § 58A i hovedsak tilfredstilte direktivets kjernedel, og de nødvendige regelendringer ble foretatt.²³⁵ Norsk rett anses dermed for å være i overensstemmelse med direktivets krav.

²³⁵ NOU 2004:5 punkt 15.3.4.

6 VURDERINGER

6.1 Innledning

Arbeidsrettslig lovgivning skal sikre at alle arbeidstakere er sikret like rettigheter, og at alle skal ha en reell mulighet for å ta del i arbeidslivet. Å sikre høy arbeidsdeltakelse er et mål i seg selv. Lovgiver må derfor utforme regler som ivaretar arbeidstakerne samtidig som lovgivningen ikke virker dempende på sysselsettingen. Strenge stillingsvernregler kan hindre høy sysselsetting, men ivaretar en trygghet i ansettelsesforholdet som er til fordel for arbeidstakerne. I dette kapitlet vil oppgaven fremheve noen av hensynene som gir seg utslag for henholdsvis arbeidstaker og arbeidsgiver ved utformingen av reglene om midlertidig ansettelse og innleie av arbeidstakere. Oppgaven gir således ikke en uttømmende oversikt over hvilke hensyn som bør vurderes.

Hvordan hensynene vil gi seg utslag i det praktiske liv vil også avhenge av situasjonen i arbeidsmarkedet til enhver tid. Ved høy konjunktur vil arbeidstakere erfaringsmessig bli ivaretatt gjennom høy etterspørsel etter arbeidskraft, mens det stillingsvernet som er lovens hovedregel er mer av betydning i perioder med høy arbeidsledighet. Det er også viktig å understreke at hensynene ikke alltid vil være motstridende. Eksempelvis kan midlertidige ansettelsesformer fungere som en inngangsport til arbeidslivet, og derfor være av positiv betydning for både arbeidstaker og arbeidsgiver. Arbeidstakere kan heller ikke generaliseres slik at samme hensyn gjør seg gjeldende i forhold til alle grupper innen arbeidslivet. Kapitlet vil derfor diskutere om det er noen grupper som tradisjonelt er utsatt for uheldige konsekvenser av midlertidige ansettelsesformer.

Kapittelet vil vurdere hensynene i forhold til midlertidige ansettelsesformer generelt, både for midlertidig tilsetting i et topartsforhold, og for innleie av arbeidstakere i et trepartsforhold. Dette er også fordi innleide arbeidstakere ofte er ansatt midlertidig i utleievirksomheten, se punkt 6.2 ”Usikkert inntjeningsgrunnlag”.

6.2 Arbeidstakers perspektiv

Trygghet for arbeidstakerne er det primære hensynet bak stillingsvernreglene. Midlertidig ansatte og innleide arbeidstakere nyter ikke i like stor grad denne tryggheten. Dette tilsier at det bør være snever adgang til å benytte midlertidige ansettelsesformer. Trygghet for arbeidstakeren er dermed et overordnet mål i vurderingene av hvordan reglene er utformet – i et arbeidstakerperspektiv.

Usikkert inntjeningsgrunnlag

Fast ansettelse kontra midlertidig tilsetting kan særlig ha betydning i forhold til lønn, arbeidsmiljø og arbeidsvilkår. Tre av fire vikarer utleid fra vikarbyrå er ansatt på engasjement, 16 prosent var ansatt på tilsigelse (dvs. jobb i noen perioder, men ikke lønn i perioder uten oppdrag), mens kun syv prosent var fast ansatt med lønn og andre rettigheter i perioder uten oppdrag.²³⁶ Utleide arbeidstakere har dermed en usikker arbeidshverdag med tanke på inntjening, noe som støtter opp om hensynet til restriktive regler for innleie av arbeidskraft. Synspunktet underbygges med det faktum at av samtlige vikarer i 1997 hadde 23 prosent mottatt arbeidsledighetstrygd i perioder de hadde vært uten oppdrag i løpet av de to foregående årene.²³⁷ Reglene som omhandler midlertidig ansettelse og innleie bør derfor suppleres med et diskrimineringsvern som skal hindre forskjellsbehandling på grunn av den midlertidige tilsettingen. Lovgiver tok hensyn til dette

²³⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 4.6. (Tall fra 1997.)

²³⁷ Ot.prp. nr 70 (1998-1999) punkt 4.6.

i arbeidsmiljøloven av 2005, og midlertidige og innleide arbeidstakere er sikret et formelt vern mot diskriminering i aml. kapittel 13.

Kompetansehevning

Det er nærliggende å tenke at det ikke vil satses like sterkt på innleide arbeidstakere med tanke på kompetansehevning.²³⁸ Synspunktet vil ikke bare være negativt i et arbeidstakerperspektiv, men også for samfunnet generelt. Næringslivet er bedre tjent med en arbeidsstokk som får ta del i kompetanseoppbyggende oppgaver. Diskrimineringsvernet gjelder også med tanke på opplæring og annen kompetanseutvikling, jf. aml. § 13-2. Fra innleiers synspunkt vil det imidlertid fremstå som lite lønnsomt å bruke ressurser på en arbeidstaker som kanskje vil forlate virksomheten om kort tid. Ved kortvarig innleie kan innleievirksomheten muligens bli hørt med at det vil være saklig diskriminering å ikke legge ressurser i kompetansehevning av innleide arbeidstakere.

Andre sosiale goder som følger med fast ansettelse

Andre sosiale goder kan også være mindre tilgjengelig. Som eksempel kan det nevnes at en midlertidig ansatt vil ha større problemer med å få godkjent banklån og lignende med bakgrunn i at vedkommende har en løsere tilknytning til arbeidslivet. Dette er områder som vanskelig lar seg løse gjennom arbeidsrettslig lovgivning da dette er vurderinger som foretas av de enkelte kreditt- og finansieringsinstitusjoner.

Inngangsport til arbeidslivet

Midlertidig ansettelse kan fungere som en form for inngangsport til arbeidslivet²³⁹, noe som kan tilsa at reglene bør mykes opp noe. Når målet er høy sysselsetting vil strenge stillingsvernsregler kunne være en stopper for en slik inngangsport, og det vil være negativt også overfor arbeidstakerne. Det må foretas en avveining av fleksibiliteten arbeidsgiver er avhengig av opp mot stillingsvernet arbeidstakeren har behov for. Og som på mange andre

²³⁸ NOU 2004:5 punkt 15.3.7.

²³⁹ NOU 2004:5 punkt 15.3.7.

områder vil det særlig være de “svakere” gruppene innen arbeidslivet som kan ha behov for et særlig vern. For eksempel kan dette gjelde for funksjonshemmede. Sistnevnte argument kan imidlertid slå begge veier. For arbeidstakere som krever ekstra tilrettelegging, eksempelvis funksjonshemmede, kan en videre adgang medføre at en arbeidsgiver gir vedkommende en mulighet til å prøve seg i bedriften. Men funksjonshemmede og andre arbeidstakere som krever ekstra tilrettelegging kan også bli en tapende part i arbeidslivet ved at den midlertidige ansettelsen ikke etterhvert resulterer i fast ansettelse. Arbeidstakere som vil dra nytte av det å få en inngangsport, vil ofte også være arbeidstakere som kan ha behov for stillingsvernet som følger med fast ansettelse. En begrenset adgang til midlertidig ansettelse slik som idag ivaretar derfor bedre hele spekteret av arbeidstakere, og bidrar ikke til en segregering innad i arbeidslivet.

Innenfor områder med høye kompetanse- og profesjonskrav, for eksempel innen universitet- og høyskolesektoren, kan en utvidet adgang til å ansette midlertidig gjøre det mulig å få innpass, og også gjøre at sektoren får sårt tiltrengt arbeidskraft. Det kan være tilfeller hvor det ikke er mulig å få tak i arbeidskraft med nødvendige kvalifikasjoner, og midlertidig ansettelse gir derfor en god mulighet for å kunne ansette nødvendige ressurser. Men innpass kan også føre til at de midlertidige ansatte blir skjøvet ut igjen når kompetent arbeidskraft blir tilgjengelig, for eksempel slik tendensen har vært for lærere og pedagoger.

Håndheving av reglene

Ved at håndhevingen er privatrettslig ligger ansvaret for at reglene følges opp til arbeidstakeren som mener seg ulovlig midlertidig ansatt eller ulovlig innleid. På grunn av samfunnsområdet fører dette til en lite effektiv håndheving. Å ta ut søksmål mot en arbeidsgiver man potensielt kan oppnå fast ansettelse hos etterhvert er belastende, og kan hindre videre karrieremuligheter innad i virksomheten. Ved at Arbeids- og inkluderingsdepartementet har tatt initiativ til regler for å bedre vilkårene innen bemanningsbransjen vil muligens dette bøte på problemet.²⁴⁰ Strengere regler for å drive

²⁴⁰ Høringsnotat 10.10.07 Forskrift om bemanningsforetak.

bemanningsbyrå vil muligens skjerpe bransjen slik at det ikke forekommer ulovlig innleie i like stor grad.

6.2.1 Noen grupper som tradisjonelt er overrepresentert?

Kvinner og yngre arbeidstakere er overrepresentert av arbeidstakerne som er innleid fra vikarbyrå. Kvinneandelen i vikarbyrå lå i 1997 på 69 prosent, og ca 50 prosent av de ansatte var under 30 år.²⁴¹ I diskusjoner om deltidsarbeid peker man ofte på at det er et likestillingsproblem at kvinner er overrepresentert. Ved at kvinner er overrepresentert også blant innleide arbeidstakere kan dette være en utfordring i et likestillingsperspektiv. Det er derfor av særlig betydning at det ble vedtatt et diskrimineringsvern overfor midlertidige og innleide arbeidstakere i arbeidsmiljøloven kapittel 13.

Lovgivningen gir i utgangspunktet kun et formelt vern. Som eksempel kan det være nærliggende at en yngre, kvinnelig arbeidstaker ikke blir forlenget etter den tidsbegrensede perioden med midlertidig ansettelse på grunn av graviditet eller fødselspermisjon.

6.3 Arbeidsgivers perspektiv

Fleksibilitet

Arbeidsgivere har generelt et behov for fleksibilitet i hvordan virksomheten styres. Dette er med bakgrunn i at arbeidskraftbehovet varierer, og arbeidsgiver har dermed behov for å regulere arbeidsstokken tilsvarende for å sikre lønnsom drift. Med någjeldende regler for midlertidig tilsetting er det imidlertid lite fleksibilitet i adgangen til å ansette midlertidig. Med økende konkurranse i næringslivet er det et viktig poeng at arbeidsgiverne har omstillingsevne for å kunne drive virksomheten effektivt og lønnsomt, og en vid adgang til

²⁴¹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) punkt 4.6.

midlertidig tilsetting er ett av flere tiltak som kan bidra til å gjøre bedriftene konkurransedyktige.²⁴²

I forarbeidene til Bondevikregjeringens lovforslag ble det påpekt som et hensyn for en utvidet adgang at bedrifter i en oppstartsfase kunne dra nytte av en generell adgang til midlertidig tilsetting i en tidsbestemt periode.²⁴³ Dette er et hensyn som gjør seg sterkt gjeldende fra arbeidsgivers standpunkt, og det er ønskelig fra lovgivers side å etablere ordninger som fremmer gründervirksomhet. En generell adgang til midlertidig tilsetting i en tidsbegrenset periode kan også redusere behovet for overtid og innleie av arbeidskraft, og medføre at sysselsettingen økes.²⁴⁴

Behovet for korttidsarbeidskraft

Det er antatt at behovet for korttidsarbeidskraft har økt i de senere årene blant annet ved at det er innført ordninger som kan bidra til økt midlertidig fravær. Som eksempel kan det nevnes en utvidelse av arbeidstakers permisjonsrettigheter, fødselspermisjoner og kontantstøtte til småbarnsforeldre.²⁴⁵ Et økt behov tilsier – i et arbeidsgiverperspektiv, at adgangen til å leie inn arbeidskraft bør gjøres videre enn slik reglene er idag. For eksempel vil en utvidet adgang med en tidsbegrensning være en løsning som vil ivareta behovet for korttidsarbeidskraft, samtidig som arbeidstakeren ikke risikerer å være midlertidig tilsatt ut over tidsbegrensningen for midlertidig ansettelse.

Utforming av reglene

Reglene for midlertidig tilsetting er skjønnspreget, og det har vært reist kritikk mot at reglene er vanskelig å praktisere.²⁴⁶ En løsning som foreslått av Bondevikregjeringen med

²⁴² NOU 2004:5 punkt 15.3.7.

²⁴³ NOU 2004:5 punkt 15.3.7.

²⁴⁴ NOU 2004:5 punkt 15.3.7.

²⁴⁵ NOU 1998:15 punkt 1.3.2.

²⁴⁶ NOU 2004:5 punkt 15.3.7.

en generell adgang, men med en tidsbegrensning på totalt 12 måneder, kan skape mindre tolkningstvil både for arbeidsgiver og arbeidstaker og dermed være lettere å forholde seg til. Håndhevingen av en slik regel vil om mulig også være enklere.

7 Litteraturliste

Bøker:

Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten. 4. utgave. Oslo, 2006.
Eckhoff, Torstein. Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2000.
Larsen, Per Arne. Arbeidsmiljøloven. 3. utgave. Oslo 2004.
Fougner, Jan og Holo, Lars. Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave. Oslo 2006.

Artikler:

Dalheim, Tron. Midlertidig ansettelse – tilkallingsvikarer, ekstrahjelper m.v. I: Arbeidsrett. 2006 nr. 04, side 244.

Lovgivning

Norske lover:

Lov av 4. februar 1977 nr. 4. Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
(arbeidsmiljøloven) - Opphevet. (1977-02-04).
Lov av 17. juni 2005 nr. 62 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven).
Lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven).
Lov av 1. mars 2005 nr. 15 Lov om universiteter og høyskoler (universitetsloven).
Lov av 17. juli 1998 nr. 61 Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa
(opplæringslova).
Lov av 25. september 1992 nr. 107. Lov om kommuner og fylkeskommuner
(kommuneloven).
Lov 14. desember 1973 nr. 61 om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv.
(lønnsgarantiloven).
Lov av 21. november 1952 nr. 2 om skattebetaling (skattebetalingsloven).

Lov av 28. februar 1997 nr. 19 § 8-18 (folketrygdloven).

Lov av 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven)

Lov av 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) -
Opphevet.

Utenlandske lover:

Lagen (1982:80) om anställningsskydd § 5 (Sverige).

Lagen (1982:80) om anställningsskydd § 5 med ikrafttreden 2008-01-01.

Lov nr. 370 af 28/05/2003 § 5 "Lov om tidsbegrænset ansættelse." (Danmark).

Konvensjoner:

ILO-konvensjon nr. 181 "Private Employment Agencies Convention".

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP).

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK).

og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK).

FNs kvinnekonvensjon.

FNs rasediskrimineringskonvensjon.

FNs konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne.

Ef-direktiver og forordninger:

Direktiv 1997/81/EF.

Rådets direktiv 1999/70/EF.

Rådsdirektiv 2000/78/EF om generelle rammebestemmelser om likebehandling med
hensyn til beskjeftigelse og erverv (EUs rammedirektiv).

Dommer:

LF-1999-261.

LF-1999-508.

LG-2002-01045.

Rt. 1985 s. 1141.

Rt. 1989 s. 1116.

Rt. 1991 s. 872.

Rt. 1992 s. 729.

Rt. 1996 s. 1401.

Rt. 2001 s. 1413.

Rt. 2005 s. 826.

Rt. 2006 s. 1158.

ARD 1980 s. 69.

EF-dommer:

Sag C-307/05. Yolanda Del Cerro Alonso mod Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

EF-domstolen 13. september 2007

ForarbeiderNOU:

NOU 1998:15 Arbeidsformidling og arbeidsleie.

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget..

Innstillinger til Odelstinget:

Innst. O. nr 2 (1994-1995)

Odelstingproposisjoner:

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976).

Ot. prp. nr 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr 70 (1998-1999) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting.

Ot.prp. nr. 104 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet).

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Ot. prp. nr 24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Høringsbrev:

Høringsbrev sendt 10.10.07. Forskrift om bemanningsforetak/vikarbyrå. Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

Høringsnotat 10. oktober 2007. Forskrift om bemanningsforetak. Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

Lovkommentarer:

Kommentarer til arbeidsmiljøloven, arbeidsrett.no

Kommentarer til arbeidsmiljøloven, Fougner og Holo. Gyldendal Rettsdata.

Nettdokument:

Statistisk sentralbyrå, SSB. Tall fra 2007.

<http://www.ssb.no/vis/emner/06/01/aku/art-2007-08-06-01.html>

Berg, Annika og Numhauser-Henning, Ann. Arbetskraftutnyttning i komparativ belysning. Sverige 2000.

<http://www.jur.lu.se/internet/lexlundensis/lexlundensis.nsf/test/BA21AEE54036650FC1256951002F100D>

Kudsk-Iversen, Sara og Andersen, Søren Kaj. I krydsfeltet mellem fleksibilitet og sikkerhed. Danmark 2006.

<http://faos.sociology.ku.dk/dokum/fnotat71.pdf>

Kaspersen, Line. Sterk vekst i innleid arbeidskraft. Norge 2007.

<http://www.dn.no/karriere/article1097861.ece?WT.svl=sistenyheter>

Aftale mellem DH&S og HK – Dansk Handel & Service

<http://www.dhs.dk/Kerneydelser/Ansaettelsesvilkaar/Vikaransaettelse/Hvad%20regulerer%20vikarens%20ansaettelse%20oversigt.aspx>

